Litis contestatio und Klageerhebung.

Eine Studie zum Zivilprozeß.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hugo Schutz

Referendar am Amtsgericht Peiskretscham in Oberschlesien.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Approbiert am 17. November 1908.

NÜRNBERG 1909.

Gedruckt bei Benedikt Hilz.

179

Referent: Univ.-Prof. Dr. Örtmann.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Begrenzung der Aufgabe 1

I. Teil: Die äussere Handlung der Klageerhebung und litis contestatio 2

1. Abschnitt: Das Ladungsverfahren 3

2. Abschnitt: Verbindung von Ladung und Klage 5

3. Abschnitt: Die Mitwirkung des Staatsorgans bei der Klageerhebung 9

4. Abschnitt: Litis contestatio und Klageerhebung 14

II. Teil: Stellung des Staates im Klagebegründungsgeschäft 22

1. Abschnitt: Die Pflicht des Staates, Rechtsschutz zu gewähren 23

2. Abschnitt: Klageerhebung, Ausübung eines Rechtes oder einer Berechtigung 25

3. Abschnitt: Die Voraussetzungen der Gewährung des Rechtsschutzes und Prüfung derselben durch das Organ des Staates . . . 35

Seite

III. Teil: Klageerhebung, ein Rechtsgeschäft zwischen Kläger und Beklagtem 42

1. Abschnitt: Recht des Klägers auf Mitwirkung des Beklagten und Grund dieses Rechtes . 42

2. Abschnitt: Juristische Natur der Klageerhebung 55

3. Abschnitt: Bedeutung der Klagebegründung für den Prozessgegenstand 65

Literaturverzeichnis.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., Stuttgart 1889.

Bekker: Die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin I, 1871, II, 1873.

— — Streitfragen a. dem Aktionenprozeßrecht, Sav. XXXVII, S. 344.

— — Die prozessualische Consumption, Berlin 1853.

— — Über Anfang und Ende des in iure-Verfahrens im römischen Formularprozeß, Sav. XL, S. 1.

Bethmann-Hollweg: Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts, 2. Bd., Bonn 1865.

Böcking: Pandekten, 5. Aufl., Bonn 1861.

v. Brinz: Pandekten, 2. Bd., 2. Aufl., Erlangen 1879.

— — Über den Einlassungszwang im römischen Recht, in Festgabe für Planck, München 1887, S. 150.

Bülow: Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, 1868 Gießen.

— — Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, Arch. 62, S. 1.

— — Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, Arch. 64, S. 1.

— — Klage und Urteil eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß, Z. XXXI, S. 191.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 5. u. 6. Aufl., Wien 1902.

Degenkolb: Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877.

— — Beiträge zum Zivilprozeß: Der Streit über den Klagrechtsbegriff, Leipzig 1905.

Demelius: Die confessio im römischen Recht, Graz 1880.
Dernburg: Pandekten, 5. Aufl., 1896.
Donellus, Hug.: Commentarii de iure civili, Nürnberg 1805.
Engelmann: Der deutsche Zivilprozeß, Berlin 1901.
Eisele: Zivilistische Kleinigkeiten, Jherings Jahrbücher, XXXI, S. 366.
Fischer: Recht und Rechtschutz, Berlin 1889.
— — Zur Litteratur des Zivilprozesses, Arch. 70, S. 321.
Fitting: Der Rechtszivilprozeß, 9. Aufl., Berlin 1898.
Gajus: Institutionen editio Krüger-Studemund, Berlin 1877.
Girard, Manuel: übersetzt v. Mayr.
Gradenwitz: Besprechung von Wlassaks Prozeßgesetze I, Arch. 70, S. 321.
Heffter: Institution des römischen und teutschen Zivilprozesses, Bonn 1825.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München 1886.
— — Klagrecht, Feststellungsklage und Anspruch, Jh. Jb. XXXI, S. 79.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I, Leipzig 1903, II, 1907.
— — Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
— — Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905.
Hölder: Pandekten, Freiburg 1891.
— — Die litis contestatio des römischen Formularprozesses. Dekanatsprogramm, Leipzig 1903.
— — Die litis contestatio des Formularprozesses, Sav. XXXVII, S. 197.
— — Über das Klagrecht I u. II, Dekanatsprogramm, Leipzig 1903.
— — Anspruch und Klagrecht, Z. XXIX, S. 50.
Jellinek: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900.
Jhering: Geist des römischen Rechts, Leipzig 1891. 3 Teile.
Jörs: Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, Berlin 1888.

Keller: Über litis contestatio und Urteil nach klassischem römischem Recht, Zürich 1827.

Keller-Wach: Der römische Zivilprozeß und die Aktionen, Leipzig 1876.

Kipp: Litis denuntiation als Prozeßeinleitungsform.

Klein: Die schuldhafte Parteihandlung, Wien 1885.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1905.

Kleinschrod: Über die prozessualische Consumption, Leipzig 1875.

Klingmüller: Kritik zu Schott, Krit. V., Schr. XLVII, S. 257.

Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.

— — Der sogen. Rechtsschutzanspruch, Z. XXXIII, S. 211.

— — Über die Grundlagen des Zivilprozesses, Arch. 97, S. 1 f.

Koschacker: Translatio iudicii.

Kremer: Zur Konstruktion des Zivilprozesses, Grünhut XXXIII, S. 289.

Krüger: Besprechung zu Schloßmann, Sav. XXXIX, S. 360.

Kübler: Über die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und den übrigen Quellen, Sav. XXXIX, S. 179.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 3. Aufl., Tübingen und Leipzig 1902.

Langheineken: Der Urteilsanspruch, Leipzig 1899.

Lenel: Die Form der Litiskontestation im Formularprozeß, Sav. XXVIII, S. 374.

— — Zur Form der klassischen litis contestatio, Sav. XXXVII, S. 329.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1895, 4. Aufl.

Muther: Zur Lehre von der römischen actio, Erlangen 1857.

Pagenstecher: Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten, Arch. 97, S. 17.

Petersen: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Lahr 1898.

Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I u. II. Nördlingen und München, I, 1887, II, 1896.

Plosz: Beiträge zur Theorie des Klagrechts, Leipzig 1880.

Rudorff: Römische Rechtsgeschichte, II, 1859.

— — Die Prozeßeröffnung nach dem Edikt, Sav. IV, 26.

Savigny: System des römischen Rechts, 1840—1849.

Schloßmann: Litis-Contestation, Leipzig 1905.

Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1898.

— — Die Änderungen des Zivilprozeßrechts nach der Novelle, Leipzig 1898.

Schott, R.: Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß, Jena 1903.

— — Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft, München 1904.

Schultze: Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung, Freib. u. Tüb. 1883.

Schwalbach: Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft, Arch. 64, S. 250.

Seuffert: Pandektenrecht, 4. Aufl., Würzburg 1868—1872.

— — Zur Zivilprozeßnovelle, Z. XXXV, 65.

Sohm: Institution des römischen Zivilrechts, 13. Aufl., Leipzig 1908.

— — Der Begriff des Forderungsrechtes, Grünhut IV, S. 45.

Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtschutzes, Halle 1903.

Stein (Gaupp-Stein): Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., 1900, 1902.

Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2 Bd., 1901.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., Berlin 1901.

Trampedach: Die Form der litis contestatio im Formularprozeß, Sav. XXXI, S. 143.

Trutter: Über prozessualische Rechtsgeschäfte, München 1890.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Marburg u. Leipzig 1876.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I, Leipzig 1885.
— — Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889.
— — Defensionspflicht und Klagrecht, Grünhut VI, S. 51.
— — Praeklusion und Contumax, Grünhut VII, S. 130.
— — Das Geständnis, ein Beitrag zur Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften, Arch. 64, 250.
— — Der Rechtsschutzanspruch, Zeitschr. XXXII, S. 1.
Weizsäcker: Unrichtige Parteibezeichnung in der Klagschrift, Z. XXVII, S. 20.
Weißmann: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.
Wieding: Der justinianeische Libellprozeß, Wien 1865.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906.
— — Die actio des römischen Zivilrechts, Düsseldorf 1856.
Wlassak: Römische Prozeßgesetze, Leipzig 1888, 1891, I. u. II.
— — Die litis contestatio im Formularprozeß, Leipzig 1888, in Festschrift für Windscheid.
Wilmowski-Levy: Zivilprozeßkommentar, 7. Aufl., 1895.

Dissertationen.

Buss: Die Form der litis contestatio im klassischen römischen Recht, Münster 1907.
Partsch: Über die Schriftformel im römischen Provinzialprozeß, Breslau 1906.

Anmerkungen.

Z. = Zeitschrift für Zivilprozeß, herausgegeben von Busch, fortgesetzt vom Vierhaus und Schultzenstein.
Sav. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Bekker, Mitteis, Schröder, Brunner und Stutz.

Arch. = Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Örtmann.

Jh. Jb. = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, begründet von Gerber und Jhering.

Kr. V. Schr. = Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, begründet von Pözl.

Einleitung.

§ 1.

Der Zweck dieser Abhandlung ist nicht, eine historische Schilderung und Gegenüberstellung der beiden Prozeßinstitute zu geben, sondern wir wollen das römische und das heutige Klagebegründungsgeschäft in ihrem Wesen und in ihrer juristischen Natur untersuchen und den Unterschied derselben mit seinen Gründen und Folgen nachweisen und festlegen.

Aus diesem Grunde haben wir uns nur mit der Klageerhebung selbst zu beschäftigen. Alles, was nicht in den Begriff Klageerhebung hineinfällt, z. B. Entwickelung, Wirkungen, ist nur insoweit berücksichtigt, als es für das Wesen derselben von Wichtigkeit ist.

Unter dem Begriff litis contestatio fassen wir die seit Keller allgemein übliche litis contestatio im weiteren Sinne auf, verstehen darunter also das ganze Klagebegründungsgeschäft.

Dem römischen Prozeß legen wir das charakteristische Formularverfahren zu Grunde.

Der erste Teil der Abhandlung ist nur als Grundlage für die eigentliche Untersuchung anzusehen. Wir haben darin den Hergang des römischen und des heutigen Klagebegründungsgeschäf-

tes so geschildert, wie er sich als Ergebnis der sehr reichen Literatur in Verbindung mit unseren Untersuchungen darstellt. Auf einzelne Streitfragen, die an sich ein Buch füllen würden, sind wir nur insoweit eingegangen, als es uns für den Zweck wichtig schien.

Im Ganzen haben wir uns der möglichsten Knappheit befleißigt.

I. TEIL.

Die äußere Handlung der Klageerhebung und litis contestatio.

§ 2.

Das Prozeßbegründungsgeschäft schafft eine Summe rechtlicher Beziehungen zwischen Kläger, Staat und Beklagten, die wir zusammen mit Prozeßverhältnis oder kurz Prozeß bezeichnen. Wie der Prozeß selbst, so weist auch schon das Prozeßbegründungsgeschäft des römischen und des heutigen Rechts eine Reihe wesentlicher Unterschiede auf, die ihren Grund nicht bloß in der Verschiedenheit der Zeitverhältnisse und der Lebensgewohnheiten haben, wie dies z. B. bei Mündlichkeit und Schriftlichkeit der Klage anzunehmen ist, sondern die auf prinzipiellen Unterschieden beider Institute beruhen. Diese Wesensverschiedenheit der litis contestatio und Klageerhebung sind auch auf die äußere Handlung der Prozeßbegründung nicht ohne Einfluß.

Das Prozeßbegründungsgeschäft im römischen Recht setzt sich äußerlich zusammen aus der in ius

vocatio, dem Verfahren in iure und der litis contestatio im engeren Sinne, im modernen Recht aus der Einreichung der Klageschrift bei Gericht (§ 261 ZPO.), der Mitwirkung des Gerichts durch Terminfestsetzung (§ 216 ZPO.) und der Zustellung (§§ 261, Abs. 3 u. 166 ff. ZPO.). Die vergleichende Gegenüberstellung dieser Akte wird deshalb der erste Teil der Aufgabe sein.

1. Abschnitt.

Das Ladungsverfahren.

§ 3.

Ein Prozeß, iudicium, kam im römischen Recht nur zustande, wenn Kläger und Beklagter vor dem Praetor erschienen[1]. Sache des Klägers war es, den Beklagten zur Stelle zu schaffen[2]. Als Ladungsform stand ihm in ältester Zeit die in ius vocatio zu Gebote, die bis auf die 12 Tafeln zurückgreift.[3] Der Kläger fordert den Beklagten außergerichtlich auf, ihm vor den Praetor zu folgen.[4] Dieser war verpflichtet, ihn sofort zu begleiten oder einen Vindex zu stellen, der ihn vertrat. Er konnte auch durch vadimonium dafür Sicherheit leisten, daß er an einem bestimmten Tage vor dem

[1] Heffter, Institut, S. 275.
System d. Zivilproz. § 205.
[2] Keller, Der röm. Zivilproz. u. d. actio, § 49 ff.
[3] Bethmann-Hollweg, Zivilproz., Bd. II, § 102, S. 478 ff.
[4] Rudorff, Röm. Rechtsgesch., II, S. 232 ff.
Hugo Donellus, Commentarii de iure civili, XII, c. 14, § 6—8.
Wieding, Der justinianeische Libellprozeß, § 4.
Schott, Das Gewahren des Rechtsschutzes, § 5.

Praetor erscheinen werde. Aus der letztgenannten Form entwickelte sich später eine neue Ladungsart, das Vadimonialverfahren, in dem beide Parteien sich gegenseitig verpflichteten, an einem bebestimmten Tage vor dem Praetor zu erscheinen, und diese Verpflichtung durch gegenseitiges vadimonium sicherten.

Im späteren Prozeß wurde die von Manc Aurel eingeführte litis denunciatio[5] vorherrschend.

Heut ist die Ladung eine in der Klagschrift aufgenommene Aufforderung des Klägers an den Beklagten, in dem vom Richter noch festzusetzenden Termine zu erscheinen. (§ 253 Abs. 2, Ziff. 3 ZPO.). Sie ist, wie sich aus § 214 Abs. 2 ergibt, ein durchaus selbständiger Parteiakt, der nur aus Zweckmäßigkeitsgründen in die Klagschrift mit aufgenommen ist. Während sie im römischen Recht unbedingt für die Klagbegründung notwendig war, da ein Prozeß ohne den Beklagten nicht zustande kommen konnte, gehört sie heut begreifflich nicht in das Klagbegründungsgeschäft hinein, sondern übt ein durch die Klageerhebung entstandenes Recht aus, ladet also nicht zur Prozeßbegründung, sondern auf Grund des schon begründeten Prozesses zur mündlichen Verhandlung[6]. Sie muß aber laut Gesetzesvorschrift (§ 214 Abs. 2) in die Klagschrift aufgenommen werden und ist gültig im Hinblick auf das durch die Klageerhebung, d. h. Zustellung, entstehende Prozeßverhältnis. Ist die Klagschrift zugestellt, so wird das Recht auf Ladung existent und sofort ausgeübt. Da aber der Richter dieselbe durch Ausfüllung des Datums zu vervoll-

[5] Kipp, Die Litis denuntiatio.

[6] Trutter, Über prozessuale Rechtsgeschäfte, S. 244 ff.

ständigen hat, so ist ihre Aufnahme in die Klagschrift vorgeschrieben.

Die Ladung ist sowohl im römischen wie im heutigen Recht reine Parteihandlung. Im römischen Recht ist dies klar, da sie ohne Mitwirkung des Magistrats geschieht. Heut bezieht sich die richterliche Mitwirkung nur auf die Terminsbestimmung und ist lediglich gerichtsorganisatorischer Natur, deshalb auch vom Willen des Richters nicht abhängig. Aber während im römischen Recht die Ladung ohne Mitwirkung des Beklagten keine Rechtsfolgen äußern konnte, also nicht recht wirksam war, genügt heut die einseitige Aufforderung des Klägers, wenn sie dem Beklagten mit der Klagschrift zusammen zugestellt ist, ohne daß es auf dessen Tätigkeit ankommt.

2. Abschnitt.

Verbindung von Ladung und Klage.

§ 4.

Über die Verbindung von Ladung und Klage, die im modernen Recht vorgeschrieben ist, gibt uns das römische Recht ebensowenig Antwort, wie über die damit zusammenhängende Frage, ob und inwieweit die Klage und der darin enthaltene Anspruch bestimmt sein muß. Im allgemeinen wird angenommen, daß bei der in ius vocatio sogleich die Angabe der actio zu erfolgen hatte[1].

[1] Bekker, Die prozeß. Consumption, S. 102 ff.
Rudorff, Die Prozeßeröffn. n. d. Edikt, Sav. IV, S. 26 ff.
Bethmann-Hollweg, aaO., § 86, Anm. 5.

Mit Rücksicht auf die Darlegung Ciceros pro Caecina[2]: Praetor is, qui iudicia dat, numquam petitori praestituit, qua actione uti velit in Verbindung mit

Ulpian l. 1 D. de ed. 2, 13. Qua quisque actione agere volet, eam edere debet, nam aequissimum videtur, eum qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur:

edere est etiam describendi facere vel in libello complecti et dare vel dictare. eum quoque edere, Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstrat, quod dictatures est vel in dicendo, quo uti velit

nehmen wir an, daß es im römischen Recht ein vorprozessuales edere gab, daß also der Kläger verpflichtet war, dem Beklagten schon vor dem Prozeß die actio anzugeben. Daran wird auch nichts geändert, wenn man zugibt, daß der Schluß der letztgenannten Stelle korrumpiert sei.

Dies widerspricht nicht der Annahme, daß es auch ein edere im Prozeß gab[3]. Denn unter „edere" ist unserer Ansicht nach nicht ein fester Begriff zu verstehen, der auch Umstände in sich aufnimmt, die nicht in dem Wort edere liegen. Edere = e-dare heißt etwas von sich geben. Ob man ein Aktionenschema, oder eine ausgearbei-

---

[2] Lenel, Die Form d. litis contestatio im Formularprozeß, Sav. XXVIII, S. 385.
Keller, aaO. nur bezügl. d. Vadimonialverfahrens.
a. M. Keller-Wach, aaO., S. 219.
Demelius, Sav. I, S. 351, Plautinische Studien.

[3] Schloßmann, Litis contestatio, S. 15 ff.
Lenel, aaO., Sav. XXVIII, S. 385.

tete Formel, ob man vor dem Prozeß oder in iure ediert, kann für den Begriff „edere“ gleichgültig sein. Muß doch auch heut der Klageantrag vor dem Prozeß in der Klagschrift enthalten sein und in der Verhandlung mündlich gestellt werden, ohne daß eine Verschiedenheit der Klaganträge angenommen werden müßte.

§ 5.

Der Kläger hatte dem Beklagten die actio anzugeben, unter der er klagen wollte. Es genügt aber auch schon, hebt Labeo hervor, wenn er den Beklagten das betreffende Formelschema in dem Album zeigte. Diese Annahme wird bestätigt durch Ulpian de edendo (inverti auctoris ordo iudiciorum ed. Haenel): edere actionem nihil aliud est, quam ostendere, qua ratione (Hugo sagt: actione) velit quisque cum alio contendere[1].

Schott bestreitet eine Editionspflicht des Klägers als eine dem Laien unmöglich zuzumutende Rechtspflicht, da selbst dem Richter die Subsumption der Ansprüche unter die bestimmten Rechtssätze Schwierigkeiten bereite. Dagegen gibt er eine zivilrechtliche Angabe des Anspruchs als üblich zu[2]. Bekker betont dem gegenüber mit Recht, daß für den Römer für die Betrachtung und Geltendmachung im Prozeß nicht die zivilrechtlichen Forderungen das primäre sind, so daß er auf Grund derselben erst die actio bildet, sondern daß er jedes Verhält-

[1] Schott, aaO., S. 35.
Bekker, Streitfr. a. d. Aktionenproz., Sav. XXXVII, S. 354.
Jörs, Röm. Rechtswissensch., S. 221.
Schloßmann, aaO., S. 21.

[2] Schott, Rechtsschutz, S. 37.

nis und jede Verpflichtung, die für ihn rechtlich in Betracht kommen, von Anfang an unter dem Gesichtspunkt der actio betrachtet[3].

Die Römer hatten keine Privatrechtsordnung, sondern eine Aktionenordnung. Wir formulieren die Klage nach dem Privatrechtsverhältnisse, das für uns das primäre ist. Der Römer ordnet die Rechte nach den Aktionen, die für ihn der Ausgangspunkt für die Betrachtung von Rechtsverhältnissen sind. Deshalb wird er auch jeden Anspruch sofort unter der bestimmten actio genannt haben. Allerdings konnten in der Auswahl der Aktionen, besonders bei den actiones in factum Schwierigkeiten entstehen[4]. Doch gerade der Umstand, daß, wie die Quellen des öfteren zeigen, dem Kläger überhaupt Schwierigkeiten entstanden sind, beweist, daß der Kläger es war, der die Formel edierte. Später nähert sich Schott[5] dieser Ansicht. Er kommt Bekker[6] entgegen und gibt zu, daß die actio allgemein angegeben werden muß, schränkt die Editionspflicht aber insoweit ein, daß die actio nicht schon vom Kläger in Bezug auf den darunter eingeklagten Anspruch ausgearbeitet zu sein braucht.

Der Inhalt der heutigen Klageschrift ist durch § 253 ZPO. bestimmt. Danach muß die Klagschrift neben der Ladung die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, die Angabe des erhobenen Anspruchs mit bestimmter Bezeichnung des Gegenstandes und des Grundes, sowie einen bestimmten

---

[3] Bekker, aaO., Sav. XXXVII, S. 354 ff.

[4] Vgl. die bei Keller-Wach, aaO., S. 256/7 u. Bekker, Die Aktionen, S. 11, angegebenen Quellenstellen.

[5] Schott, Röm. Zivilproz. u. mod. Prozeßwissenschaft, S. 30 ff.

[6] Bekker, aaO., Sav. XXXVII, S. 355.

Antrag enthalten. Darüber, was als Klaggrund in die Klagschrift aufzunehmen ist, herrscht Streit. Während die Anhänger der sogenannten Substantierungstheorie die Anführung aller Tatsachen, die zur Begründung des Anspruchs nötig sind, also auch der Tatsachen fordern, aus welchen das in Betracht kommende Rechtsverhältnis entstanden ist, halten die Anhänger der sogen. Individualisierungstheorie die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, aus welchem die Ansprüche hervorgegangen sind, für genügend, sofern nur die Individualität des Anspruchs erkennbar wird[7]. Auf Grund des § 268 ZPO., der in einer Änderung der Tatsachen keine Änderung des Klagegrundes sieht und der §§ 331, 335 ZPO., die den Klaggrund und Grund des Anspruchs in Gegensatz stellen zu dem mündlichen Vorbringen, wird die Individualisierungstheorie als im heutigen Prozeß geltend anzusehen sein.

3. Abschnitt.

Die Mitwirkung des Staatsorganes bei der Klageerhebung.

§ 6.

Die Klagschrift wird beim Gericht zur Zulassung und Terminsfestsetzung eingereicht. Die Zulassung durch Terminsbestimmung entspricht dem

[7] Begründung d. ZPO., S. 230.
Entw. v. Jahre 1872 zu § 217.
Wetzell, System d. ordentl. Zivilprozeß, § 16.
Weißmann, Hauptintervention u. Streitgenossenschaft, S. 157, No. 10.
Dernburg, Pand., Bd. I, § 152.
Wach, Vorträge, S. 16.
Seuffert zu § 230, S. 346.
Ploß, Beitr. z. Theorie des Klagrechts, S. 123.

vorbereitenden in iure-Verfahren im römischen Recht, insoweit als zur Prozeßbegründung die Mitwirkung des staatlichen Organes nötig ist[1].

Waren beide Parteien vor dem Praetor erschienen, so begann das Verfahren mit der editio actionis von Seiten des Klägers. Jetzt mußte er die begehrte actio und die Tatsachen, auf die er seinen Anspruch[2] stützte, angeben. Er mußte alles vorbringen, was als Grundlage für die contentio erforderlich und für die vollständige Ausarbeitung der Formel wesentlich war.

Ob im römischen Recht Individualisierung oder Spezialisierung gefordert wurde, läßt sich nicht entscheiden, da dies moderne Begriffe sind, die nicht auf den römischen Prozeß übertragen werden können. Denn sie setzen prozessuale Ansprüche voraus, die auf materiellen Rechtsverhältnissen fussen, während das römische Recht dieses Zwischenglied des materiellen Rechts nicht kennt. Der mit der actio geltend gemachte Anspruch ergibt sich direkt aus den Tatsachen. „Nicht auf Grund, sondern an Stelle des objektiven Rechtes ist die actio", sagt Windscheid[3] einmal. Demnach würde die römische editio einfache Formelangabe sein und Angabe der Tatsachen, die (annähernd) zur Substantierung des Anspruchs dienen. Paulus fr. 881: Ait praetor:

Qui autem iniuriarum agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit. Demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agentis, sed qualem formulam

[1] Hellwig, aaO., Bd. II, S. 3, Anm. 5.
Weizsäcker, Unrichtige Parteibezeichn. i. d. Klagschr., Z., Bd. XXVII, S. 29 ff.

[2] Über das Verhältnis von actio und Anspruch siehe den betreffenden Paragraphen.

[3] Windscheid, Die actio des röm. Zivilrechts, S. 1 ff.

edat. Das qualem deutet auf den Inhalt der Formel, die er (Kläger) edieren wolle. (Vom Praetor heißt es gewöhnlich formulam reddere oder dare, edere vom Kläger). Der Kläger soll also genau alle Tatsachen angeben, damit der Praetor sieht, eine Formel welchen Inhalts er später edieren wolle (in der Litiskontestation)[4].

§ 7.

Die editio formulae ist wie die Klagschrift notwendige Voraussetzung der staatlichen Tätigkeit. Ohne sie gibt es kein Verfahren in iure, keine Zulassung der Klage. Bei Unterlassung oder Unvollkommenheit des edere trat der Praetor in eine Verhandlung nicht erst ein[1]. Deswegen konnte ein denegare actionem (das einen Prozeß voraussetzte) wegen mangelnder editio nicht erfolgen[2].

Auch heut ist die Klage nur zuzulassen, wenn sie formell gewisse Bedingungen erfüllt, und wir haben in der richterlichen Tätigkeit bei der Terminsbestimmung zugleich „eine stillschweigende Zulassung nach Vornahme der richterlichen Prüfung" zu erblicken[3]. Solche Bedingungen sind z. B. die Ladung, die Schriftlichkeit und andere[4].

---

[4] Vergl. dazu Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozeß, S. 48, Anm. 3.

[1] Schott, Rechtsschutz, S. 34.
Klingmüller, Krit. z. Schott. Kr. V. Schr. Bd. XLVI, S. 257 f.

[2] s. dazu Trutter, aaO., S. 481.

[3] Weizsäcker, aaO., Z., XXVII, S. 29 ff.

[4] Ausnahmen von der Schriftlichkeit bedeuten die mündliche Klageerhebung in § 500 ZPO. nach erfolgter Ladung des Gegners zum Vergleich in einem vom Amtsrichter bestimmten Termin, in § 510 ZPO. an den ordentlichen Gerichtstagen bei Erscheinen beider Parteien und in § 280 ZPO. bei Erhebung der Wiederklage innerhalb eines anhängigen Prozesses.

Auf die editio formulae folgt die postulatio, d. i. die mündlichen Anträge der Parteien, des Klägers auf Erteilung der Formel, des Beklagten entweder auf Abweisung oder auf Aufnahme von exceptionen. Daran schließt sich die contentio, die unter der Leitung und Entscheidungsgewalt des Praetors stattfindende Verhandlung über die Anträge der Parteien.

C. 3. 9. (2. 1) 3. inter litem enim contestatam et editam actionem, permultum interest. Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas.

Nach Beendigung der contentio entscheidet der Praetor, ob und inwieweit er eine actio erteilt. Den Abschluß der contentio bildet dann die datio formulae (actionis oder iudicii).

In diesem, die Zulassung der Klage betreffenden Verfahren hat der Praetor freie Entscheidungsgewalt. Er kann die Klage auch materiell rechtlich zum Gegenstand seiner Prüfung machen und hat unbeschränkte Gewalt über Zulassung oder Abweisung der Klage datio oder denegatio actionis. s. o. den Schlußsatz von C. 3. 9. (2. 1) 3.

Der moderne Richter ist dagegen in seiner Entscheidungsgewalt über die Zulassung der Klage auf die Prüfung, ob eine formell gültige Klage vorliegt (s. die oben angeführten Bedingungen) beschränkt.

§ 8.

Die formula ist ein autoritativer Befehl, der die Einsetzung des Richters und die Aufforderung an ihn enthält, je nach Wahrheit oder Nichtwahrheit der in der intentio angeführten Tatsachen den

Beklagten unter Berücksichtigung der Exceptionen zu verurteilen oder frei zu sprechen[1].

Daß die Formel vom Praetor gegeben werde, bestreitet Trampedach[2], der ihr zugleich mit Krüger und Schloßmann die Schriftlichkeit abspricht.

Sie stützen ihre Annahme bez. der Schriftlichkeit auf den Mangel jeglicher Erwähnung dieses wichtigen Unterschiedes zwischen der Mündlichkeit des Legis-actionen- und der Schriftlichkeit des Formularverfahrens, der doch mindestens in der bekannten Gajusstelle (Gajus IV, 30)[3] über die Reform des Zivilprozesses durch die aebutisch-julischen Gesetze hätte hervorgehoben sein müssen. Der Ausdruck concepta verba bedeute im Anschluß an den Gebrauch von concipere im Sakralrecht als Nachsprechen einer bestimmten Wortzusammenstellung (eines Eides), daß die formulae bestimmte vor- und nachgesprochene Worte seien[4]. Aus den Worten ut per concepta verba, id est per formulas litigemus sei deshalb nicht auf Schriftlichkeit zu schließen. Es erscheint aber trotzdem vor allem nach den Untersuchungen von Wlassak und Bekker die Annahme gerechtfertigt, daß die Schriftlichkeit im Formularverfahren im Gebrauch war[5].

---

[1] Vgl. Wlassak, litis contestatio.
Schott, Röm. Zivilprozeß u. mod. Prozeßwissenschaft.

[2] Trampedach, Die Form der litis contestatio im Formularprozeß, Sav. XXXI, S. 143.
Krüger, Besprech. z. Schloßmann, Sav. XXXIX, S. 364.
Schloßmann, aaO., S. 28.
Vgl. Kübler, Über die Bedeutung von iudicium u. formula bei Cicero u. d. übrigen Quellen i. d. republikan. Zeit, Sav. XXIX, S. 179.

[3] Gajus, Institutiones, S. 150.

[4] Schloßmann, aaO., S. 38 ff.

[5] Vgl. auch Partsch, Über die Schriftformel i. röm. Provinzialproz., S. 1 ff.

4. Abschnitt.

Litis contestatio und Zustellung der Klage.

§ 9.

Durch die datio formulae ist zwar der Rechtsstreit auf Grund der autoritativen Machtstellung des Praetors festgelegt, wirksam wird die Formel aber erst durch die litis contestatio. In gleicher Weise wird heut durch die zugelassene Klage der Rechtsstreit festgelegt, wirksam aber auch erst mit der Zustellung: denn in beiden Fällen wird durch diese Parteiakte das Prozeßbegründungsgeschäft beendet, und erst dadurch gelangt der Prozeß im eigentlichen Sinne, d. i. die Summe der rechtlichen Beziehungen, die das Prozeßverhältnis ausmachen, zur Entstehung.

Die Form der litis contestatio im engeren Sinne, dieses einzelnen Parteiaktes bildet den Gegenstand einer heiß umstrittenen Streitfrage, die, seitdem sie nach den unbestimmten Andeutungen der älteren Romanisten zuerst von Keller[1] auf den Streitplatz gebracht wurde, noch nicht endgültig erledigt ist.

Seit Keller, der sich auf die bekannte Festusstelle des Marcus Verrius Flaccus:

Contestari est, cum uterque reus dicit:

Testes estote

Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quo ordinato iudicio utraque pars dicere solet:

Testes estote

stützt, wird der Zeugenaufruf bei der litis conte-

[1] Keller, Über Litiskontestation u. Urteil, S. 1 ff.

statio, von dem dieselbe ihren Namen hat, für den Legisaktionenprozeß allgemein angenommen und sogar auch gegen Keller für den Formularprozeß. Allerdings bestreitet Schloßmann[2] den Zeugenaufruf im Legisaktionenprozeß, da durch nichts bewiesen sei, daß er in demselben stattgefunden habe. Vielmehr lasse das Präsenz in der oben erwähnten Stelle und das Fehlen des Zeugenaufrufs im Querellprozeß vor dem Centumviralgericht, in dem sich das Legisaktionenverfahren erhalten hatte, darauf schließen, daß er nicht im Legisaktionenverfahren, sondern erst im Formularverfahren stattgefunden habe.

Für uns genügt die Feststellung, daß heut allgemein angenommen wird, daß der Zeugenaufruf im Formularprozeß üblich war[3].

§ 10.

Dagegen ist die Frage lebhaft umstritten, in welcher Weise sich die Litiskontestation d. h. der Akt, der den Gegenstand der Zeugenwahrnehmung bildete, vollzog.

Nach Keller werden die Umstehenden, die der Verhandlung in iure beigewohnt haben, nach Anordnung des iudiciums, also am Schluß der Verhandlung in iure, von beiden Parteien als Zeugen aufgerufen, um später eventuell über den Inhalt der Verhandlung vor dem Judex Zeugnis abzulegen, also um als „lebendige Protokolle“ zu dienen[2]. Als

[2] Schloßmann, aaO., S. 32 ff.

[3] So jetzt auch Hölder, Die Litiskontestation im Formularprozeß, Sav. XXXVII, S. 201.

[1] Keller, aaO., S. 10 ff.

[2] Keller, aaO., S. 80.

im Formularverfahren die schriftliche Formel das Resultat der Verhandlung festgestellt habe, sei der Zeugenaufruf als überflüssig weggefallen[3], doch habe sich der Zeitpunkt der litis contestatio am Schluß der Verhandlung unter diesem Namen erhalten, sodaß die Wirkungen, die sich an den Zeugenaufruf geknüpft hätten, von diesem „ideellen Zeitpunkt" ihren Anfang genommen haben. Äußerlich sei der ideelle Zeitpunkt erkennbar durch die Erteilung der Formel, die zeitlich mit ihm zusammenfalle, aber zu ihm in keinem inneren Zusammenhange stehe.

Allerdings widerspricht dem, daß litem contestari auch für den Formularprozeß oft als aktives Verbum vorkommt, und damit eine Tätigkeit bezeichnet wird. Diesen Widerspruch erklärt Keller damit, daß man mit litem contestari auch das ganze Verfahren in iure bezeichnet habe[4].

Die Verteidiger Kellers sind nur äußerlich seine Anhänger, während ihre Theorien im Grunde von der Kellers vollkommen verschieden sind. Denn sie verstehen nicht unter litis contestatio den „ideellen Zeitpunkt", sondern sie knüpfen den Eintritt der Litiskontestationswirkungen an die Erteilung der Formel, indem besonders Bekker und Hölder, weil sie die Machtstellung des Praetors im Prozesse her-

[3] Keller, aaO., S. 6.

[4] Trampedach, aaO., Sav. XXXI, S. 114 ff.

Bekker, Überschau über den geschichtl. Entwicklungsgang der röm. actio, Sav. XXVIII, S. 155 ff.

Hölder, Litiskontestation, Dekanatsprogramm, S. 1 ff. Ders. aaO., Sav. XXXVII, S. 197.

Anders Bekker, später, Streitfr. a. d. Aktionenprozeßrecht, Sav. XXXVII, S. 344 ff. u. Ende.

Bekker, Über d. Anf. d. in iure-Verfahren im röm. Formularproz., Sav. XL, S. 1 ff.

vorheben wollen, die datio formulae, den Erlaß des autoritativen Befehls, als die litis contestatio bezeichnen.

Wlassak[5] findet die Erklärung, die Keller für diesen Widerspruch gibt, nicht ausreichend, und stellt seinerseits die Behauptung auf, daß die Litiskontestation, als solche, Parteihandlung sein müsse, da jede andere Erklärung der Quellen, die so zahlreich von der litis contestatio als Parteitätigkeit sprechen, unmöglich sei[6]. Auf dieser Grundlage stellt er das Verfahren bei der litis contestatio folgendermaßen dar. Nach Festlegung und Erteilung der Formel von Seiten des Praetors an den Kläger (ordinatio et datio formulae sive iudicii) werden die Zeugen aufgerufen[7]. Nun ediert der Kläger die Formel an den Beklagten (im Legisaktionenverfahren sagt er die Spruchformeln her). Das edere des Klägers bestehe in der Übergabe der Urschrift oder der Abschrift der Formel oder in dem Diktat derselben zur Nachschrift[8]. Durch Entgegennahme der Formel bezw. Nachschrift habe der Beklagte die Annahme kund gegeben (actionem accipit). Das Ganze sei ein in Anwesenheit von Zeugen stattfindender Formalvertrag der Parteien vor dem Praetor darüber, daß die Parteien ihr Einverständnis erklären, unter der bestimmten vom Praetor erteilten Formel streiten zu wollen. Der Zeugenaufruf war zuerst notwendiger Bestandteil der litis contestatio, später üblich und bezog sich nur auf

[5] Wlassak, Litiskontestation, S. 1 ff.

[6] So auch Wenger, Zur Lehre von der Actio Iudicati, S. 117 u. 143.

[7] Ähnlich jetzt Bekker, aaO., Sav. XL, S. 1 ff, bes. S. 24.

[8] Wlassak, Litiskontestation, S. 44.

das edere und accipere, nicht auf den Inhalt der Formel.

Lenel[9] folgt im allgemeinen Wlassak, doch nimmt er die Feststellung des Inhalts der Formel als wesentlichen Bestandteil in die Litiskontestation auf. Daraus folgert er, daß das edere bei der Litiskontestation nur im dictare, d. h. dem mündlichen Hersagen der Formel bestehe, und daß das accipere die stillschweigende Annahme des Beklagten bedeute.

Begrifflich auf dem Standpunkt Wlassaks steht Schott[10] mit der äußerlichen Abweichung, daß die Litiskontestation zwar sachlich zum Verfahren in iure gehöre, aber auch außergerichtlich vor Zeugen stattfinden könne, da sie reine Parteihandlung sei, und eine notwendige, nur passive Assistenz des römischen Magistats der Bedeutung desselben im Prozeß nicht entspreche[10].

Die Wlassak-Schottsche Form der litis contestatio entspricht wohl der Vorstellung der litis contestatio als eines reinen Parteiaktes über die bereits von dem Magistrat festgelegte und erlassene Formel am besten.

Die Form des edere der litis contestatio wird sich ebenfalls nach l. 1 D. 2, 13 bestimmen. Denn das edere selbst wird in allen Fällen als gleich angenommen. Der Kläger mußte dem Beklagten die Formel in der Urschrift oder Abschrift überreichen oder zum Nachschreiben diktieren. Es genügt auch

[9] Lenel, aaO., Sav. XXVIII, S. 374.
XXXVIII, S. 329.

[10] Schott, das Gewähren d. Rechtssch. i. röm. Zivilpr. S. 1 ff.
Schott, aaO., S. 60.
Dagegen Hölder, aaO., Sav. XXXVII, S. 199.

schon bei einfachen Fällen, wenn er den Beklagten an das Album führt, und ihm die betreffende Formel zeigte oder sagte[12]. Es wird dabei mit Schott anzunehmen sein, daß der Beklagte ein Recht auf das edere hatte, und daß die am Ende der Stelle genannte Ausnahme, die mündliche Edition vor dem Album zwar genügte, aber von der Einwilligung des Beklagten abhängig gewesen ist.

§ 11.

Alle angeführten Ansichten über die Litiskontestation beruhen auf der seit Keller anerkannten Grundanschauung, daß die Litiskontestation zu dem Verfahren in iure gehöre. Dies bestreitet Schloßmann, indem er ausführt, daß diese Annahme sich auf die Ausführungen Kellers über die Litiskontestation stütze. Keller sei aber von dem falschen Standpunkt ausgegangen, daß im Legisaktionenverfahren eine litis contestatio stattgefunden habe. Bewiesen habe er dies nicht. Dagegen ließe sich aus dem Querellprozeß vor dem Centumviralgericht, in dem sich das Legisaktionenverfahren erhalten habe, vielmehr das Gegenteil schließen. Da also der Anhaltspunkt falsch sei, sei die daraus gefolgerte Ansicht, daß die Litiskontestation vor dem Praetor stattfinde, auch zweifelhaft.

Dagegen sucht Schloßmann[1] zu beweisen, daß die litis contestatio vor dem Judex im Verfahren in iudicio stattgefunden habe.

Der Anfangspunkt der Streitwirkung sei das „iudicium coeptum“. Mit iudicium kann nur das

---

[12] Schott, aaO., S. 51.

[1] Schloßmann, Litis contestatio, S. 82 ff.

Verfahren apud iudicem oder sub iudice gemeint sein. Einer Gleichstellung von iudicium und litis contestatio widerspreche, daß die Streitwirkungen mit dem iudicium coeptum, nicht post iudicium eintreten. Denn man müßte dann zu dem Schluß kommen, daß mit Beginn der Litiskontestation, also eventuell schon vor Mitwirkung des Beklagten die Streitwirkungen eintreten. Es könne daher mit dem iudicium coeptum nur der Beginn des Verfahrens vor dem Judex gemeint sein. Dafür spreche auch bei Gajus das iudicium accipere sub iudice, apud iudicem, apud recuperatores (Gajus IV, 105, 109) und bei Paulus das lis a iudice coepta est l. 49 D. V, 1) und das iudicium sustinendum (l. 24. 3 D. XL, 12) und endlich auch die exceptio rei in iudicium deductae.

Nach Schloßmann[2] ist die litis contestatio ein Parteiakt zu Beginn des unmittelbar auf das Verfahren in iure folgenden Verfahrens in iudicio, durch den letzteres mittels Vor- und Nachsprechens der vom Praetor erteilten Formel durch Kläger und Beklagten in Anwesenheit von Zeugen eingeleitet worden sei.

Die von Schloßmann zum Beweise angeführten Quellenstellen entbehren insofern der Beweiskraft, als sie auch eine andere natürlichere Auslegung zulassen, wie schon Wlassak[3] und Bekker[4] bei den einzelnen Stellen nachgewiesen haben.

§ 12.

Als Ergebnis des Streites über die Form der litis contestatio stellen wir fest: Die Litiskonte-

[2] Schloßmann, aaO., S. 189.
[3] Vgl. Wlassak, Röm. Prozeßgesetze, Bd. I, S. 79 ff.
[4] Bekker, aaO., Sav. XL, S. 38, 39.

station ist ein zweiseitiger formeller Parteiakt, in welchem die Parteien vor Zeugen, der Kläger durch edere, der Beklagte durch accipere iudicium ihr Einverständnis erklären, den durch die vom Praetor festgelegte Formel inhaltlich bestimmten Prozeß zu begründen. Sie ist ein außergerichtlicher, sachlich zum Verfahren in iure gehöriger Formalvertrag.

Der litis contestatio entspricht heut die Zustellung der Klagschrift[1]. Auch sie ist ein Formalakt, da sie von einem bestimmten Gerichtsorgan vorgenommen werden muß, und als Beweismittel (statt der Zeugen des römischen Prozesses) eine Urkunde aufgenommen werden muß. Das Gerichtsorgan ist der Gerichtsvollzieher, der von der Partei — im Amtsgerichtsverfahren evtl. durch Vermittlung des Gerichtsschreibers — beauftragt sein muß (§ 166 ZPO.) Die Zustellung der Klage charakterisiert sich also als ein formeller Parteiakt, durch welchen der Kläger den Prozeß begründet. Objekt ist die Klagschrift selbst, oder eine beglaubigte Abschrift (§ 170 ZPO.). Eine Mitwirkung des Beklagten ist dagegen nicht notwendig. Ist er nicht anwesend, so wird einem Hausgenossen, evtl. dem Hauswirt zugestellt oder die Klagschrift bei dem Postamt oder dem Ortsvorsteher unter Ankündigung der Übergabe niedergelegt (§§ 181, 182

---

[1] Hellwig, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts, Bd. II, S. 106.
Kleinfeller, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts, S. 249.
Wach, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts, I, S. 563.
Hellmann, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts, S. 166.
Engelmann, Der deutsche Zivilprozeß, S. 211.
Schwalbach, Unrichtige Parteibezeichnung in der Klagschrift, Z., XXVII, S. 20 ff.

ZPO.). Bei Weigerung der Annahme wird durch Zurücklassung der Urkunde am Ort der Zustellung die Klagerhebung vollwirksam bewirkt.

Wir haben also im römischen Recht wie heut das Prinzip der Öffentlichkeit bei dem das Prozeßbegründungsgeschäft abschließenden Parteiakt, dort in Gestalt von Zeugen, hier durch Aufnahme der Zustellungsurkunde. In beiden Fällen ist es ein zum gerichtlichen Verfahren gehöriger Parteiakt.

II. TEIL.

Stellung des Staates im Klagebegründungsgeschäft.

§ 13.

Nachdem wir die äußere Form der litis contestatio und Klageerhebung und ihr Verhältnis zu einander festgestellt haben, gehen wir zu dem Hauptteil unserer Aufgabe über.

Wir werden auf Grund der Ergebnisse, die wir über die äußere Form beider Rechtsinstitute gewonnen haben, diese in ihrer juristischen Natur und ihrem Wesen charakterisieren und vergleichend nebeneinanderstellen.

Das Prozeßbegründungsgeschäft läßt sich seinem Wesen nach erst klar erkennen, wenn man zunächst die Stellung, die der Staat in ihm einnimmt, dargelegt hat. Deshalb werden wir erst die Bedeutung der Beteiligung des Staates vergleichend betrachten und auf Grund des gewonnenen Ergebnisses die Untersuchung und Gegenüberstellung der beiden Prozeßeinleitungsgeschäfte vornehmen.

1. Abschnitt.

Pflicht des Staates Rechtsschutz zu gewähren.

§ 14.

So lange Selbsthilfe dem Individuum zu seinem Rechte verhalf, verschaffte es sich dieses kraft eigener Autorität. Mit der Erstarkung der Staatsgewalt ist die Selbsthilfe unterdrückt worden, und an ihre Stelle ist der staatliche Rechtsschutz getreten[1]. Das Instrument, mit dem der Einzelne diesen Rechtsschutz anruft, ist die Klageerhebung. Aus der Frage, welche Stellung der Staat gegenüber der Klageerhebung einnimmt, ergeben sich zwei andere, die zunächst beantwortet werden müssen.

Hat sich der Staat dadurch, daß er den Rechtsschutz einführte, die Pflicht auferlegt, in jedem Falle auf Grund der Klageerhebung Rechtsschutz zu gewähren? Wenn dies bejaht wird, hat er dem Individuum damit ein Recht gegen sich eingeräumt, daß dieses durch die Klageerhebung geltend macht und von welcher Qualität ist dieses Recht?

Die Entscheidung, ob der Staat sich verpflichten kann, hängt von der Auffassung des Staates und der Rechtsordnung ab.

Denkt man sich den Staat und die Rechtsordnung als ein und dasselbe Rechtssubjekt, als einen Begriff von verschiedenen Seiten gesehen,

[1] Krämer, Zur Konstruktion des Zivilprozesses, Grünhut XXXIII, S. 289 ff.

Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß: Der Streit über den Klagrechtsbegriff, Leipzig 1905.

nämlich als eine sich selbst ausführende Organisation der menschlichen Gesellschaft, so ist alles, was er tut, Recht. Eine Pflicht und eine Zuwiderhandlung gegen eine solche ist dann begrifflich unmöglich. Der Staat erfüllt seine Aufgaben, aber keine Pflichten[2]. Nimmt man dagegen an, daß der Staat als Inhaber der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit verschiedene Subjekte darstelle , so kann das erstere dem letzteren begrifflich wohl Pflichten auferlegen, die allerdings aber tätsächlich nur von dem Staat selbst erzwingbar wären. Wenn wir nach der letzteren Anschauung eine Verpflichtung des Staates als möglich annehmen, so ergibt sich die Frage nach der Wirklichkeit einer solchen Verpflichtung[3].

Im alten Rom bestand das Verbot der Selbsthilfe (decretum Divi Marci), und es gab einen Klagschutz[4]. Der populus wählte die Praetoren als Beamte zur Ausübung des Klagschutzes des Staates. Diese hatten in ihrem Amt eine völlig souveräne Stellung, so daß zwar kein unmittelbarer Zwang zur Jurisdiktion für sie bestand, aber sie standen ständig unter der Kontrolle des populus und waren in Bezug auf die Ausübung ihrer Pflicht zur Erteilung des Klagschutzes nach den in Betracht kommenden Grundsätzen dem populus gegenüber moralisch verantwortlich. Wir werden also in Rom die staatliche Verpflichtung zur Gewährung des Klagschutzes annehmen.

Auch heut lebt der Gedanke von der Verpflichtung des Staates, Recht zu sprechen, und

[2] So Kohler, Der Proz. als Rechtsverhältnis, S. 13.
[3] Vgl. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts.
[4] Vgl. Czyhlarz, Lehrb. d. Institution, S. 391.

Justizverweigerung wird als Rechtswidrigkeit angesehen. Beweis dafür liefert das preußische Landrecht II, 17 §§ 1 u. 3, wonach der Staat verpflichtet ist, für die Sicherheit seiner Untertanen in Ansehung ihrer Person, Ehre, ihrer Rechte und ihres Vermögens zu sorgen. Einem ähnlichen Gedanken geben Art. 29 der Wiener Schlußakte und Art. 77 der deutschen Reichsverfassung Ausdruck.

2. Abschnitt.

Die Klageerhebung, Instrument eines Rechtes oder einer Berechtigung?

§ 15.

Die Verpflichtung des Staates, Recht zu sprechen, kann nur eine von jedem konkreten Tatbestand unabhängige Pflicht sein. Sie wird dem Individuum erst zum Recht, wenn sie durch einen bestimmten Tatbestand für einen einzelnen Fall konkretisiert worden ist. Deshalb kann diese allgemeine Möglichkeit nur eine Berechtigung auf Prozeß und Urteil geben, nicht aber auf ein inhaltlich bestimmtes Urteil gerichtet sein[1].

Es ist also die Theorie Degenkolbs, das Klagrecht sei ein vorprozessuales publizistisches abstrak-

[1] Bülow, Klage u. Urteil, eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht u. Prozeß, Z., XXXI, S. 205.
Wach, Der Rechtschutzanspruch, Z., XXXII, S. 3.

tes Recht gegen den Staat auf Prozeß und inhaltlich bestimmtes Urteil zurückzuweisen[2].

In Rom gewährt diese abstrakte Klageberechtigung ohne actio nur ein Anrecht auf rechtliches Gehör in iure, nicht aus Prozeßbegründung und den (eigentlichen) Prozeß vor dem Judex. Dazu gehörte das Vorhandensein einer actio, eines konkreten Klagrechts. Prozeßbegründung war also in Rom Ausübung eines konkreten Rechts dem Staate gegenüber, heut ist sie Ausübung einer abstrakten Möglichkeit.

Damit hängt zusammen, daß man in Rom durch die Klageerhebung schon ein Recht auf condemnatio, d. h. inhaltlich bestimmtes Urteil, heut nur auf Urteil erhält.

Dieser Unterschied hat seinen Grund in der Verschiedenheit der Rechtssysteme und der damit zusammenhängenden Stellung des Staates zur Prozeßbegründung.

Das römische Recht ist eine Zusammenstellung einer Anzahl für bestimmte Tatbestände gegebener Klagrechte, ein Aktionensystem. Und zwar so, daß nicht die Verpflichtungsverhältnisse, selbst wenn sie im Gesetz geregelt sind, an sich, sondern erst die daraus hervorgehenden Ansprüche unter der Bedingung, daß der Praetor sie durch eine actio mit dem Klagrecht versieht, zu staatlich anerkannten, d. h. mit Hilfe der staatlichen Autorität durchsetzbaren Rechten wurden. Das Gesetz im römischen Recht, soweit es überhaupt bestand, hatte nicht die gleiche Kraft wie heut; denn wie einerseits der Praetor durch die actio auch Ansprüchen,

[2] Degenkolb, Einlassungszwang u. Urteilsnorm, S. 1 ff.
Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts, Grünhut IV, S. 465 ff.
Plosz, Beitr. z. Theorie d. Klagrechts, S. 1 ff.

denen nicht gesetzlich geregelte Verpflichtungsverhältnisse zu Grunde lagen, staatliche Anerkennung verleihen konnte, so konnte er andererseits Ansprüchen, die sich aus gesetzlich geregelten Verpflichtungsverhältnissen ergaben, die staatliche Anerkennung versagen. Daraus ergibt sich, daß das römische Gesetz nur eine Regelung der Verpflichtungsverhältnisse ohne unbedingte staatliche Anerkennung war, also nur eine Anweisung für den Praetor enthielt, bestimmte Ansprüche durch Gewährung der actio mit der staatlichen Anerkennung zu versehen, ohne ihn dazu zu verpflichten. Heut verleihen die Gesetze den Privatverpflichtungsverhältnissen von vornherein staatliche Anerkennung, sodaß die sich aus ihnen ergebenden Ansprüche auf Grund der gesetzlichen Anerkennung der ihnen zu Grund liegenden Privatrechtsverhältnisse rechtlich relevant sind.

In Rom gibt es klagbare Ansprüche. Nur solche werden staatlich (durch die actio) anerkannt und geben ein Recht auf Rechtsschutz, auf Prozeß (iudicium).

Das staatlich anerkannte Recht ist also nur prozessual, während die materiellen Elemente ganz in den Hintergrund treten, da sie nur Inhalt des Anspruchs sind. Die staatlich anerkannten Verpflichtungsverhältnisse, also das materielle Recht, heut das Mittelglied zwischen den Tatsachen und den Ansprüchen, fehlt. Die vom Praetor gewährte actio versieht den Anspruch mit staatlicher Anerkennung und macht die Tatsachen nur insoweit rechtlich relevant, als der Anspruch auf ihnen beruht. Soweit man also in Rom materielles Recht annehmen kann, beruht es auf dem Prozeßrecht und besteht nur durch dasselbe und in demselben. Recht ist nur das Prozeßrecht.

§ 16.

Diese Anschauungen stützen wir besonders auf Windscheid und Bekker.

Windscheid geht davon aus, daß die actio nicht auf Grund, sondern an Stelle des Rechtes ist. „Die Rechtsordnung sagt dem Individuum nicht, du hast dieses und dieses Recht, sondern du hast diese und diese actio[1]. Die Rechtsordnung ist nicht eine Ordnung der Rechte, sondern eine Ordnung der verfolgbaren Ansprüche. Die actio ist nicht etwas Abgeleitetes, sondern etwas Ursprüngliches. Sie ist das ius persequendi iudicio, quod sibi debetur.“

Dann schließt er daraus, daß sie die Beziehungen zwischen Personen regelt und einen bestimmten Gegner voraussetzt, daß sie der erschöpfende Ausdruck für ein Forderungsrecht ist, und erklärt also actio und Anspruch für identisch, indem er unter Anspruch den klagbaren Anspruch versteht.

Dagegen haben wir zu bemerken: Da heut die Ansprüche auf gesetzlich geregeltem Recht beruhen, so kennen wir nur klagbare Ansprüche. Da aber das römische Recht die Mittelstufe des Privatrechts nicht kennt, da also die Ansprüche direkt auf den Tatsachen beruhen, und erst bei den Ansprüchen die rechtliche Anerkennung durch die actio hinzutritt, so wird erst durch das Hinzutreten der actio ein Anspruch mit dem Klagrecht versehen, also klagbar.

Wir kommen also für das römische Recht zu folgendem Ergebnis:

Aus den tatsächlichen Verpflichtungsverhält-

[1] Windscheid, Die actio d. röm. Zivilrechts v. Standpunkte d. heut. Rechts, S. 3 ff.

nissen ergeben sich die Ansprüche. Diese Ansprüche werden durch die actio gesetzlich anerkannt und infolgedessen klagbar. Anspruch ist also nicht mit actio identisch, sondern Anspruch + actio = gesetzlich anerkannter, d. h. klagbarer Anspruch. Da der Unterschied zwischen den beiden Anspruchsbegriffen für unseren Zweck wichtig ist, wollen wir den mit dem „gesetzlichen Anerkennungsstempel" der actio versehenen klagbaren Anspruch mit „Rechtsanspruch" im Gegensatz zu dem rechtlich irrelevanten Anspruch bezeichnen[2].

§ 17.

Dieser Rechtsanspruch ist noch im Hinblick auf die Bekkerschen[1] Ausführungen über die actio näher zu bestimmen.

Bekker unterscheidet zwischen actio und Anspruch. Nach ihm ist die actio ein publizistisches Recht gegen den Staat auf judicium, ein privates Recht gegen den Gegner auf Mitwirkung zum Zustandekommen des Prozesses. Der Anspruch geht als publizistisches Recht gegen den Staat auf Anerkennung und Durchsetzung, als privates Recht gegen den Gegner auf Leistung. Dazu fügt Bekker hinzu: Bedingung der rechtlichen Erzwingbarkeit des Anspruchs ist die actio, in die der Anspruch hineinfällt, Bedingung des Erfolges der actio ist, daß der Anspruch tatsächlich vorhanden ist. Hiezu bemerken wir, daß gerade diese Bedingungen,

---

[2] Ähnl. Windscheid, aaO., S. 46.

[1] Vgl. Bekker, Die Aktionen im röm. Privatrecht, I, S. 15 ff.

die Bekker nicht in die Definition aufnimmt, das für uns Wesentliche sind.

Da wir in dem römischen Recht das prozessuale für das primäre halten und das materielle in den Hintergrund treten lassen, legen wir auf die bei Bekker der Definition hinzugefügten Bedingungen das Hauptgewicht. Als Grund dafür führen wir an.

Das Aktionenrecht entstand daraus, daß aus den einzelnen Entscheidungen die Regel abstrahiert wurde in der Weise, daß für gewisse sich wiederholende Ansprüche, die geltend gemacht wurden, Bejahung oder Verneinung schon im Voraus zugesagt wurde. Dies konnte nur in der Weise geschehen, daß das Gesetz sagte: Wenn du einen Anspruch behauptest, und aus den behaupteten Tatsachen hervorgeht, daß er berechtigt ist, werde ich dir durch iudicium Gelegenheit geben, die Tatsachen zu beweisen; und wenn die behaupteten Tatsachen sich als wahr erweisen, werde ich dir das beanspruchte Recht an- und zuerkennen. Also wenn aus den behaupteten Tatsachen hervorgeht, daß du berechtigt bist, einen Anspruch zu erheben, werde ich dir ein iudicium geben; wenn du in dem iudicium die Tatsachen bewiesen hast, werde ich den Anspruch anerkennen.

Das Aktionenrecht gewährte also nicht für tatsächlich bestehende, sondern schon für behauptete Ansprüche das iudicium. Eine actio erhält daher in Rom für seinen Anspruch nicht derjenige, der einen berechtigten Anspruch hat, sondern derjenige, der auf Grund der behaupteten Tatsachen den Anspruch hat. Ob die Tatsachen wirklich vorliegen, ob also der Anspruch berechtigt ist, darüber entscheidet der Prozeß, d. h. das Verfahren in iudicio.

Also schon der prozessuale Anspruch wird durch die actio zum „Rechtsanspruch".

Der Rechtsanspruch ist mithin der durch die actio klagbar gemachte prozessuale Anspruch auf iudicium, und — unter der Bedingung, daß die in dem prozessualen Anspruch enthaltenen, behaupteten Tatsachen war sind oder nicht — auf condemnatio.

Damit erklärt sich auch der angebliche Widerspruch im römischen Recht, daß man ohne Vorhandensein eines materiellen Rechtes mit der actio allein ein Recht auf condemnatio, d. h. inhaltlich bestimmtes Urteil haben, ein Umstand, der Sohm veranlaßt hatte, dieses Recht aus dem öffentlichen Recht herzuleiten. Das Recht war in Rom ein Prozeßrecht, dieses gab Anspruch auf iudicium und condemnatio.

§ 18.

Beinahe übereinstimmend definiert Fischer[1] actio als die durch die Rechtsnorm des ius civile oder ius praetorium unter bestimmten Voraussetzungen gegebene Aussicht auf iudicium, d. i. Prozeß. Um diese einem Subjekt zuzuschreiben, genügt „das Vorhandensein einer Berechtigung, aus welcher Forderungen hervorgehen können", welche als res de qua agitur geltend zu machen sind.

Fischer versteht aber, wie sich aus Obigem ergibt, unter res de qua agitur den materiellen Anspruch, der nur behauptet, nicht vorhanden zu sein braucht, während wir in dem res de qua

[1] Fischer, Recht u. Rechtschutz, S. 65.

agitur schon den Anspruch, aus der Forderungen hervorgehen könnten, d. h. den „Rechtsanspruch“ erblicken, der vorhanden sein muß, und über dessen Berechtigung entschieden wird[2].

Dieser Unterschied ergibt sich aus dem verschiedenen Standpunkt, der Betrachtung. Wir sehen das römische Recht durch die prozeßrechtliche Brille. Tatsächlich stimmen die Ansichten überein, da das „behauptete materielle Recht“ gleich „dem prozessualen Anspruch ist“.

Gegen die ganz entgegengesetzten gemeinrechtlichen Anschauungen über die römische actio ist nach obigem nur zu sagen, daß sie von dem Standpunkte ausgehen, daß im römischen Recht das materielle Recht das primäre wäre, daß das materielle Recht die Klagbarkeit in sich enthalte, ein Standpunkt, zu dem wir schon Stellung genommen haben[3]. Sie rauben dem Begriff actio jegliche Selbständigkeit und machen ihn zum Ausfluß des materiellen Rechts.

§ 19.

Als Ergebnis fassen wir zusammen

Die litis contestation ist die Ausübung des „Rechtsanspruches“ gegen den Staat. Die actio

---

[2] Vgl. dazu Schott, Röm. Zivilproz. u. mod. Prozeßwissenschaft, S. 78, ob.

[3] Bethmann-Hollweg, aaO., I, S. 27 ff.
Savigny, System d. heut. Rechts, V, §§ 204, 205.
Dernburg, Pand., I, § 127.
Puchta, Pand., § 81.
Hellmann, Klagrecht, Feststellungsklage u. Anspruch, Jh. Jb., XXXI, S. 395 ff.
Eisele, Zivilistische Kleinigkeiten, Jh. Jb., XXXI, S. 466 ff.

ist der „Klagrechtsstempel“ für bestimmte sich aus tatsächlichen Verpflichtungsverhältnissen ergebende Ansprüche. Recht und Anspruch ist prozessual gedacht und enthält die materiellen Elemente in sich, deshalb gibt der „Rechtsanspruch“ ein Recht auf condemnatio, d. i. inhaltlich bestimmtes Urteil.

Dem stellen wir gegenüber:

Die heutige Klageerhebung ist die Ausübung einer allgemeinen Berechtigung auf Prozeß und Entscheidung. Diese ist vollkommen losgelöst vom materiellen Recht. Das materielle Recht erhält seine staatliche Anerkennung durch die Privatrechtsordnung. Die sich aus den Privatrechtsverhältnissen ergebenden Ansprüche geben der Klageerhebung ihren Inhalt, wodurch diese — durch Geltendmachung einer Berechtigung — ein Klagrecht, d. h. ein Recht auf inhaltlich bestimmtes Urteil erst schafft.

§ 20.

Während also im römischen Recht kein Prozeß ohne Klagrecht, d. i. Recht auf condemnatio begründet werden konnte, wird heut der Prozeß auf Grund der abstrakten Berechtigung begründet, und erst durch die Begründung wird deswegen, weil ein Anspruch hinzutritt, ein Recht auf inhaltlich bestimmtes Urteil geschaffen. Dieses Recht ergibt sich allerdings nicht, wie Hölder annimmt, aus dem materiellen Recht; denn im Prozeß wird materielles Recht nur behauptet, ob es tatsächlich besteht, ist nicht gewiß[1]. Da heute aber

[1] Hölder, Über das Klagrecht, 1. u. 2. Teil.
Hölder, Anspruch u. Klagrecht, Z., XXIX, S. 50.

nicht schon der behauptete Anspruch, wie im römischen Recht, sondern das tatsächlich bestehende Recht staatlich anerkannt wird, so kann nur der tatsächlich bestehende Anspruch rechtliche Wirkungen haben, nicht aber der nur behauptete, d. i. der prozessuale. Das Klagrecht entsteht unabhängig von dem im prozessualen Anspruch enthaltenen materiellen Recht. Das Klagrecht ist die Konkretisierung der Klagmöglichkeit durch einen bestimmten Tatbestand und ist rein prozessual.

Auch die Privatrechtstheorien, welche die römische actio auf das heutige Recht in der Weise übertragen wollen, daß sie das Recht zur Klageerhebung aus dem Privatrecht und zwar aus der Verletzung desselben herleiten, und deshalb die Klageerhebung ohne materielles Recht als Mißbrauch von Staatseinrichtungen bezeichnen, können nach obigem nicht anerkannt werden[2].

Ebensowenig kann nach obigem den Theorien vom konkreten Rechtsschutzanspruch beigetreten werden, nach denen die Klagmöglichkeit nicht durch die Klageerhebung, sondern schon vorher durch bestimmte Tatbestände zum Klagrecht konkretisiert wird[3].

Während also im römischen Recht ein Recht auf condemnatio zur Klageerhebung notwendig

[2] Hellmann, aaO., Jh. Jb., XXXI, S. 86, bes. 87.
Eisele, aaO., Jh. Jb., XXXI, S. 391.

[3] Wach, Handb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts, S. 19 ff, S. 211, 296.
Wach, Der Feststellungsanspr. S. 1 ff.
Wach, Der Rechtschutzanspr., Z., XXXII, S. 1 ff.
Hellwig, aaO., Bd. II, S. 9.
Hellwig, Klagrecht u. Klagmöglichk., S. 1 ff.
Langheineken, Der Urteilsanspruch, bes. S. 48.
Schmidt, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts, bes. S. 10 ff.

war und die Klageerhebung die Ausübung dieses Rechtes ist, bedarf es eines Rechtes zur Klageerhebung heute nicht.

Die Klageerhebung ist von einem staatlich anerkannten Recht unabhängig und schafft ohne dieses das Prozeßverhältnis.

3. Abschnitt.

Voraussetzungen der Gewährung des Rechtsschutzes und Prüfung derselben.

§ 21.

Dieser Unterschied ist von grundsätzlicher Bedeutung für die Verschiedenheit der Prozeßbegründungsgeschäfte im römischen und im heutigen Rechte und für die Mitwirkung des Staates bei demselben. Der Staat, der den Rechtsschutz gewährt, hat denselben im konkreten Fall an bestimmte Normen geknüpft, die teils für die Prozeßorganisation notwendig sind, teils das Individuum vor unberechtigten Angriffen schützen sollen. Diese Regeln, die seit Bülow den Namen Prozeßvoraussetzungen führen, werden von dem Organ des Staates teils von Amtswegen, teils auf Parteiantrag geprüft, und erst nach ihrem Vorhandensein wird das Prozeßbegründungsgeschäft vollwirksam.

Im römischen Recht findet die Prüfung dieser Voraussetzungen vor dem Praetor in iure statt, heut ist sie infolge des Prinzips der Mündlichkeit, da wir ein Vorverfahren nicht kennen, hinter die Klageerhebung an den Beginn der mündlichen Verhandlung verlegt (§ 274 ZPO.). Doch hat sich ihr Cha-

rakter dadurch nicht geändert. Ihr Mangel macht die Klageerhebung von Anfang an unwirksam.

Die Prozeßvoraussetzungen als positive, auf die Klageerhebung wirkende Bestimmungen, hat zuerst Bülow[1] aus den negativen Prozeßeinreden heraus entwickelt. Er wies nach, daß die Prozeßeinreden mit den römischen Exceptionen nicht identisch wären, da die römische exceptio ein Zustandekommen des iudiciums nicht verhinderte, weil sie ja in der Formel enthalten sei. Er sonderte scharf zwischen den prozessualen Einreden, die er in die positiven Prozeßvoraussetzungen umsetzte, und den rein materiellen Exceptionen. Jene seien der Gegenstand der Verhandlung in iure, diese werden nur in iudicio geprüft. Danach teilte er das Verfahren des römischen Prozesses in die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen in iure, und die Verhandlungen über das materielle Recht in iudicio, analog unserer heutigen Vorverhandlung und der Verhandlung zur Hauptsache.

Als Prozeßvoraussetzungen bezeichnet er[2]:

Kompetenz des Gerichts,
Prozeß und Postulationsfähigkeit,
Legitimation der Vertreter,
eine für das Verfahren geeignete Sache,
die gehörige Klagformulierung,
Kaution und anderes.

---

[1] Bülow, Prozeßeinreden u. Prozeßvoraussetzungen, S. 1 ff.
[2] Bülow, aaO., S. 12/13.

§ 22.

Im ganzen[1] folgt Schott[2] den Ausführungen Bülows. Doch betont er, wie auch schon Schultze und Bekker u. A., daß dem Praetor auch die sachliche Kognition zugestanden habe. Daß die Prozeßvoraussetzungen nur in iure verhandelt werden konnten, wird zugegeben. Zur Klagebegründung gehöre aber nicht nur das Vorhandensein der prozessualen Voraussetzungen, sondern der Praetor habe auch das materielle Streitverhältnis in den Bereich seiner Prüfung ziehen können.

Schott sucht nun nach dem Prinzip, nach welchem der Praetor bei Prüfung des materiellen Streitverhältnisses im in iure-Verfahren vorging, und findet es in dem „litis diminuere“[3]. Er kommt also infolge des negativen Ausgangspunktes zu dem negativen Prinzip und setzt dieses dann in das positive „Prüfung der Verhandlungswürdigkeit“ um. Da in Rom jeder eine öffentliche abstrakte Berechtigung auf Jurisdiktion habe, so hätte das Verfahren in iure den Zweck, die Verhandlungswürdigkeit der Streitsache zu prüfen, bevor es zur Prozeßbegründung kommt. Die denegatio sei das Prozeßinstitut, das ihm dabei zur Verfügung gestanden habe.

Mit dieser Abhandlung durchbricht Schott den durch Schärfe wie Klarheit zwar bestechenden, aber schon von Bekker und Schultze als falsch erwiesenen

---

[1] betreffend Klagformulierung vgl. § 6. 7.

[2] Schott, Das Gewähren des Rechtschutzes, S. 2.
Schultze, Privatrecht u. Prozeß in ihrer Wechselbeziehung, S. 243 ff.
Bekker, Aktionen, II, S. 20, S. 244 f.

[3] Schott, aaO., S. 138 f.

Grundsatz von der Teilung des römischen Prozesses in einen prozeßrechtlichen und materiellrechtlichen Teil. Allerdings durchbricht er dies nur für den Prozeß, indem er nachweist, daß auch in iure materielles Recht verhandelt wurde. Er versucht danach das Prinzip zu finden, in wie weit auch das materielle Recht in iure geprüft wurde. Sein Verfahren dabei ist übrigens eigentümlich. Wenn er uns schließlich erklärt, warum er den negativen Beweis durch das denegare führen will, so ist es verständlich. Unverständlich bleibt es aber, wie er, nachdem er eine über 100 Seiten lange Untersuchung bringt und damit kein festes Resultat erreicht hat, plötzlich aus einer kurzen neuen Beweisführung, aus einem alten Satz das litis diminuere ableitet.

Die äußerliche Zusammenstellung der Beispiele, in denen der Praetor auch in iure materiell entscheidet, zeigt uns, daß auf dieser Grundlage nie zu einem Prinzip gekommen werden kann. Das Materiellrechtliche kann man nicht einheitlich unter ein Prinzip bringen, weil der Römer z. Z. des Formularverfahrens keinen Unterschied zwischen materiell und prozessual kannte.

Das Prinzip der Teilung ist nach unserer Ansicht ein ganz anderes, wie wir in dem folgenden ausführen werden.

Auch wir nehmen nach dem oben Gesagten an, daß die abstrakte Berechtigung auf Jurisdiktion einem jeden zustand. Aber den eigentlichen Prozeß, das Prozeßverhältnis (iudicium) begründen kann nur, wer eine actio hat; und eine solche hat nicht schon derjenige, dem sie nach dem zivilen Recht oder nach dem Edikt zustand, sondern erst derjenige, dessen Anspruch vom Praetor anerkannt und durch das prozessuale datio actionis zum Rechtsanspruch erhoben worden war. An Stelle des ru-

henden, nur die Regel angebenden Aktionengesetzes gab der Praetor das wirksame Recht auf Prozeß, nachdem er geprüft hatte, ob ein Anspruch überhaupt vorhanden sei und ob dieser zu der verlangten actio berechtige.

Bei dieser Prüfung war für ihn zunächst maßgebend, ob für den Tatbestand das Gesetz, sei es das zivile Recht oder das Edikt eine actio in Aussicht stelle. Neben diesen war ihm aber ein anderes Gesetz gegeben, das Gesetz der Aequitas, „der Rechtsüberzeugung", das er nach freier Überzeugung anwendete. Dieses Prinzip, das Instrument seiner freien Jurisdiktionsgewalt, machte dieselbe zur legislativen Macht, indem es den Praetor berechtigte, selbst gegen das zivile Recht und das Edikt eine actio zu geben.

Behauptet also jemand, der mit seinem Gegner vor dem Praetor erscheint, einen Anspruch zu haben, und fordert die datio actionis, so kommt es zum Verfahren in iure. Bevor der Praetor die actio gibt, prüft er neben den Prozeßvoraussetzungen, ob nach dem behaupteten Tatbestand ein Anspruch vorliegt, der zu der begehrten actio berechtige. Deshalb gehört diese Prüfung in das Verfahren in iure und gibt uns den Maßstab für das sachliche Kognitionsrecht des Praetors.

Berechtigen die vorgebrachten Tatsachen nicht zu der verlangten actio, oder berechtigen sie zwar, werden aber durch liquide Einredentatbestände als nicht vorhanden bewiesen, so denegierte der Praetor die actio. Berechtigen die behaupteten Tatsachen zu der verlangten actio, so erfolgt auf Grund der contentio die datio formulae, in der der Richter angewiesen wird, zu verurteilen si paret, si non paret, absolvere. Die rechtliche Seite, d. h. ob ein

(prozessualer) Anspruch vorliegt, hat der Praetor zu prüfen. Wenn sich schon bei dieser Prüfung zugleich klar ergibt, daß der Anspruch unberechtigt ist, so denegiert der Praetor sofort. Sonst überweist er die Prüfung, ob der Anspruch berechtigt ist oder nicht, d. h. ob eine begründete Forderung vorliegt oder nicht, dem Judex.

Diese Auffassung von der rechtlichen Stellung des Praetors im in iure-Verfahren wird durch die zahlreichen von Schott[4] angeführten Quellenstellen bestätigt.

Das Ergebnis der Untersuchung ist also:

Die actio ist der Klagbarkeitsstempel für einen (prozeßrechtlichen) Anspruch. Der Praetor prüft, bevor er die actio erteilt, ob ein solcher Anspruch vorliegt, und zu der verlangten actio berechtige. Ergibt sich bei dieser Prüfung, daß der Anspruch materiell unbegründet ist, so verweigert der Praetor die actio sofort, so daß es nicht zum Prozeß kommt. Sonst überweist er die Verhandlung über die Berechtigung des Anspruchs dem Judex, indem er diesem für den Fall des Bejahens wie Verneinens das Urteil vorschreibt.

§ 23.

Da nach heutigem Recht die abstrakte Klagberechtigung allein zur Prozeßbegründung genügt, so beschränkt sich die richterliche Tätigkeit bei der Zulassung auf die Prüfung, ob eine formell gültige Klage vorliegt[1].

[4] Vgl. Schott, Rechtschutz, S. 68 ff.
[1] Vgl. Weizsäcker, aaO., Z., XXVII, S. 29.

Die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen findet in der Regel am Anfang der mündlichen Verhandlung statt (§ 274 ZPO.). Deswegen hat sich ihre Natur aber nicht geändert. Denn die Klageerhebung ist von ihnen abhängig. Sie ist zwar sofort mit der Zustellung der Klagschrift gültig und wirksam, aber negativ bedingt durch das Vorhandensein der Prozeßeinreden. Die Prozeßeinreden, die in § 274 ZPO. aufgezählt sind, sind bereits von Amtswegen zu berücksichtigen, soweit sie für das Institut des Prozesses wesentlich sind (absolute Einreden) teils in ihrer Wirksamkeit von der Geltendmachung von Seiten der Gegenpartei abhängig. Die Einreden machen das Prozeßbegründungsgeschäft nichtig und zerstören das Prozeßverhältnis von Anfang an.

Der Hauptunterschied der Stellung des Staates bei der Prozeßbegründung im heutigen und römischen Recht ist, daß der Staat dort die Klageerhebung, die litis contestatio, außer von den formalen Prozeßvoraussetzungen von einer actio, die er nur bei Vorhandensein eines prozessualen Anspruchs nach eigener Prüfung erteilt, abhängig machte. Heut genügt das Vorliegen einer formell gültigen Klage zur Prozeßbegründung.

Dieser Unterschied findet seine Begründung in der Verschiedenheit der Rechtssysteme. Das römische Recht ist ein Prozeßrechtssystem, in welchem die materiellen Elemente mit enthalten sind. Heut haben wir ein Privatrechtssystem, neben welchem als selbständiges Recht das Prozeßrecht existiert.

III. TEIL.

Die Klageerhebung, ein Rechtsgeschäft zwischen Kläger und Beklagtem.

1. Abschnitt.

Recht des Klägers gegen den Beklagten.

§ 24.

Aus der Verschiedenheit des römischen und des heutigen Rechtssystems ergibt sich auch der Unterschied in der Stellung des Klägers zum Beklagten bei dem Klagbegründungsgeschäft.

Im römischen Recht war der Anspruch, d. i. die behauptete Forderung mit dem gesetzlichen Klagbarkeitsstempel versehen, also gesetzlich relevant. Deshalb übte schon der Rechtsanspruch, da er ja die materiellen Elemente in sich barg, eine rechtlich relevante Wirkung gegenüber dem Gegner aus, während heut nur das positive Recht rechtlich anerkannt ist, also eine rechtlich relevante Wirkung ausüben kann. Da aber in dem Rechtsanspruch die materielle Forderung nur hypothetisch war, so ging die Wirkung gegen den Gegner nur auf Mitwirkung zum Prozeß, nicht auf Leistung, während heut das positive Recht eine Wirkung auf den Gegner nur auf Leistung ausüben kann. Ein Recht (staatlich anerkanntes) auf Leistung hat man im römischen Recht erst dann, wenn durch den Prozeß die in dem Anspruch enthaltene hypothetische Forderung thetisch geworden ist.

§ 25.

Wir haben gesehen, daß der Rechtsanspruch ein Recht gegen den Gegner, auf Mitwirkung zum Prozeß (iudicium), gibt. Da man diesen Rechtsanspruch erst durch die datio iudicii erhielt, so steht der Ladungszwang mit diesem Rechtsanspruch in keinem inneren Zusammenhange. Er ist das Komplement zu der abstrakten Berechtigung eines jeden auf Prozeß, d. h. auf Jurisdiktion, beruht also auf dem öffentlichen Recht. Die Möglichkeit der Festsetzung und Ausübung von Rechten ist Lebensfrage der menschlichen Gesellschaft[1]. Deshalb hatte in Rom zuerst kraft eigener Autorität, später kraft staatlicher Autorität jedes „Sozialmitglied" das Recht, von dem anderen die Mitwirkung zum Zustandekommen des Prozesses zu fordern[2]. Erhält man dann die actio, so hat man kraft ihrer ein Recht gegen den Beklagten auf Einlaß. Der wesentliche Unterschied der hier vertretenen Anschauung gegenüber Windscheid und Bekker[3] beruht auf der Verschiedenheit der Auffassung des römischen Anspruchsbegriffes. Unseres Erachtens geht der Rechtsanspruch als hypothetisches Recht gegen den Staat nicht auf Anerkennung und Durchsetzung, sondern auf Feststellung und Anerkennung, gegen den Beklagten nicht auf Leistung, sondern auf Mitwirkung zum iudicium[4].

---

[1] Kohler, Der Proz. als Rechtsverhältnis, S. 41—44.

[2] Jhering, Geist des röm. Rechts zu Bd. I, S. 170 ff.

[3] Windscheid, Die actio d. röm. Zivilrechts, S. 1 ff, bes. S. 20 ff.

Bekker, Die Aktion, Bd. I, bes. S. 5 u. 15 ff, Bd. II, bes. S. 170 ff.

[4] Vgl. oben § 16, Ende u. § 17.

Auch die Stellung, die wir zu Sohm[5] einnehmen, charakterisiert sich durch die Auffassung dieses Begriffes. Sohm sagt: Da bei der actio ein Anspruch (materieller) nicht vorzuliegen braucht, so kann man die mit der actio verbundenen Zwangswirkungen nicht aus dem Anspruch herleiten, sondern diese müssen ihre Grundlagen im öffentlichen Recht haben.

Dagegen braucht nach dem obigen nur angeführt zu werden, daß schon der prozessuale Anspruch von uns als rechtlich relevant angesehen wird.

§ 26.

Da heut das Prozeßrecht neben dem Privatrecht als selbständiges Recht besteht, also zur Prozeßbegründung an sich ein Privatrecht nicht nötig ist, so können wir die Stellung des Beklagten im Prozeßbegründungsgeschäft nicht aus dem Privatrecht herleiten.

Der abstrakten Berechtigung Klage zu erheben, d. h. die staatliche Rechtspflegetätigkeit in Anspruch zu nehmen, steht als Korrelat die abstrakte Verpflichtung des Individuums, sich der staatlichen Rechtspflegetätigkeit zu unterwerfen, als Eigenschaft seiner Unterworfenheit unter die staatliche Autorität gegenüber.

Wie diese Berechtigung durch die erhobene Klage für den einzelnen Fall gegen den Staat konkretisiert wird, so auch die Unterworfenheit unter den Staatspflegeakt im Einzelfalle[1]. Ein äußerlicher

[5] Sohm, aaO., Grünhut IV, bes. S. 464 ff.

[1] Bülow, aaO., Z., XXXI, S. 191 ff.
Wach, Der Rechtschutzanspr., Z., XXXII, S. 3 f.

Unterschied liegt nur darin, daß der Staat die Erfüllung seiner Pflicht stets kundgibt und außerdem auch aus gerichtsorganisatorischen Gründen zur Prozeßbegründung mitwirken muß, während es einer äußerlichen Mitwirkung des Beklagten nicht bedarf, da ihn die Klageerhebung auf Grund der staatlichen Autorität mit umfaßt, ohne daß es durch Handlungen seinerseits hervortreten müßte. Daß dieser Unterschied nur äußerlich ist, beweist der Umstand, daß es in beiden Fällen in gleicher Weise auf den Willen des Beteiligten nicht ankommt.

§ 27.

Wir haben festgestellt, daß sich als Folgerung aus der Verschiedenheit der beiden Rechtssysteme für die Stellung der Parteien bei dem Klagbegründungsgeschäft ergibt, daß in Rom beide Parteien zur Prozeßbegründung mitwirken müßten, während heut die Mitwirkung des Beklagten zur Klageerhebung nicht nötig ist.

Daß diese theoretische Feststellung auch durch die tatsächlichen Verhältnisse bestätigt wird, wollen wir im folgenden beweisen:

Wir betrachten zunächst die Entwickelungsgeschichte des römischen und des modernen Prozesses und sehen, welche Stellung sich aus derselben für die Beteiligten ergibt.

Im Anschluß an Jhering und Lenel[1] nehmen

[1] Jhering, Der Geist d. röm. R., Bd. I, S. 167 ff.
Lenel, Zur Form der klass. Litiskontestation, Sav. XXXVII, S. 329, bes. S. 342.

wir an, daß der römische Prozeß sich aus der Selbsthilfe entwickelt hat. Der Ansicht Schloßmanns[2], der den römischen Prozeß aus dem staatlichen Imperium heraus ableitet, widerspricht, daß noch lange nach den XII Tafeln dem Kläger bei Weigerung der Ladungsfolge von Seiten des Beklagten, keine andere Hilfe als die Selbsthilfe gegeben war[3]. Wenn er mit eigenen Machtmitteln nicht ausreichte, so konnte er seinen Anspruch nicht durchsetzen.

Anfangs werden die Privatverhältnisse unabhängig „von dem Bann von oben" sich selbst überlassen gewesen sein, sodaß das Individuum seine Ansprüche selbst durchsetzte. Später trat neben die Selbsthilfe der Schiedsvertrag. Wenn jemand behauptete, einen Anspruch gegen einen anderen zu haben, den dieser bestritt, wird man die Entscheidung auf Grund gegenseitigen Übereinkommens einem Dritten übertragen haben[4]. Weigerte sich die aufgeforderte Partei, zur Bestellung eines Schiedsrichters mitzuwirken, so wird die Selbsthilfe Platz gegriffen haben. Mit der Entwicklung der Staatsgemeinschaft wird es zusammenhängen, daß man sich später mit der Entscheidung regelmäßig an eine staatliche Behörde, besonders die Priesterbehörde gewandt hat[5]. Doch an der Stellung der Parteien zu einander hat dies nichts geändert. Denn auch da noch war der Prozeß nicht Rechtsanwendung, da ja kein Recht vorhanden

[2] Schloßmann, Litiskontestation, S. 136 ff.

[3] v. Brinz, Über den Einlassungszwang im röm. Recht, in Festgabe für Planck, S. 160 u. 170.

[4] Jhering, aaO., S. 170.

[5] Vgl. auch Kleinschrod, Über die prozessual. Konsumption, S. 21.

war, sondern Entscheiden eines Streites zwischen zwei Parteien.

Infolge Überlastung der staatlichen Behörde wird man später, um das Verfahren vor ihr auf ein Minimum zu beschränken, die langwierigen Beweiserhebungen über die Parteibehauptungen einem Vertrauensmann der Parteien überwiesen haben, während die durch das Vorhandensein der Tatsachen bedingte Entscheidung über den Anspruch die Staatsbehörde selbst sofort fällte. Dadurch wurde der eigentliche Streit, die lis, dem Vertrauensmann, dem Judex überwiesen, während die Frage, ob der auf Grund der Tatsachen geltend gemachte Anspruch vorliege, die Rechtsfrage, der Behörde blieb. Die Entwicklung des römischen Prozesses weist also auf die Mitwirkung beider Parteien hin.

§ 28.

Für den heutigen Prozeß kann der jüngste Reichsabschied als Anfangspunkt der Entwickelung bezeichnet werden. Bis dahin waren bei Einlaßverweigerung die „zweyen wege", die missio in bona oder Acht und das Contumacialverfahren üblich. Sie waren eine Vermischung der missio in bona im in iure-Verfahren und des seit Hadrian bestehenden Eremodicialverfahren in der Verhandlung in iudicio, die durch die Vereinigung des in iure- und in iudicio-Verfahrens zu einer Verhandlung entstanden war[1].

Die Mitwirkung des Beklagten erklärt zuerst Clementina Saepe für unnötig, indem sie ausdrücklich sagt, ut necessario litis contestationem non

[1] Vgl. v. Brinz, aaO., S. 168.

postulet. Ihr schließt sich die Kammergerichts-Ordnung von 1495, § 19 an: „Würd auch der antwurter — vor befestigung des krieges ungehorsam, so sollte doch auf des klagers anruffen durch das gericht zu Acht und zu aber Acht — wider den ungehorsamen antwurter prozediert werden, oder soll das gericht auff begern des klagers kundschaft und ander fürbringen hören und volfahren und endlich urteil geben." Völlig schafft die Mitwirkung ab der jüngste Reichsabschied von 1654) § 36: „Würde hierauff nur der Zitierte nit alsobald in solchem Termine erscheinen und also der Kläger gegen ihme in contumaciam zu prozedieren getrungen: So verbleibt es bey der Ordnung und bisherigen üblichen Gerichts-Brauch, daß der Kläger zugelassen seyn solle, gegen den Ungehorsamen und nicht erscheinenden Antworter in contumaciam (jedoch mit hinfüriger Auffhebung der bisherigen gebräuchlichen zweyen Wegen entweder uff die Poen der Aacht oder mission ex primo vel secundo decreto zu procedieren) in der Hauptsach ordentlicher weiß bis zu End nach belieben zu verfahren[2]."

So wird der letzte Rest der Mitwirkung des Beklagten, der sich aus dem römischen Recht noch erhalten hatte, aufgegeben.

Davon sind auch die neueren Gesetzgebungen und die Reichszivilprozeßordnung nicht abgewichen. (§ 331 ZPO.). Die Entwicklung der Gesetze zeigt also, daß wir heut eine Mitwirkung der Beklagten bei der Klageerhebung nicht anzunehmen haben.

---

[2] Wetzell, System d. ordentl. Zivilprozeß, § 49.
Bülow, Zivilprozessualische Fiktionen u. Wahrheiten, Arch. 62, S. 1 ff.
Hellwig, aaO., II, S. 5.

§ 29.

Bestätigt werden diese Ergebnisse durch die Art, wie gegen die Unterlassung der Mitwirkung von seiten des Beklagten vorgegangen wird. Im römischen Recht war für das Zustandekommen des Prozesses zunächst die Anwesenheit beider Parteien vor dem Praetor notwendig, da sonst eine Verhandlung nicht stattfinden konnte. Deshalb gab das älteste römische Recht dem Kläger in dem em capito ein Zwangsmittel, um den aufgeforderten Gegner vor das Gericht zu schleppen. Reichte der Auffordernde mit seinen Gewaltmitteln nicht aus, so blieb die in ius vocatio erfolglos[1]. Allerdings wurde die Weigerung, da sie jedes prozessuale Verfahren verhinderte, als eine Zurückweisung desselben angesehen und „die Selbsthilfe hatte ihren freien Lauf“[2]. Der Kläger durfte sich eigenmächtig befriedigen, manum endo jacito.

Mit dem Anwachsen der Machtstellung des Staates im Prozeß kam auch die Anschauung, daß der Staat ein geregeltes Verfahren unter seiner Herrschaft fordern könne, daß also der die Ladungsfolge weigernde Beklagte sich gegen die Staatsgewalt auflehne, zur Herrschaft und schuf die Poenalklagen und die vom Praetor dem Kläger gewährte bonorum possessio, d. i. Selbstbefriedigung unter der Autorität des Staates. Gajus IV, 46. Ceterae quoque formulae, que sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatus neque ve-

---

[1] Brinz, Einlassungszwang, S. 160.

[2] Jhering, Geist d. röm. R., Bd. I, S. 117.

nerit, neque vindicem dederit; item contra eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur[3].

Erschien der Beklagte in iure und weigerte sich, zur Verhandlung mitzuwirken und sich zu verteidigen, so wird darauf keine Rücksicht genommen worden sein; man wird ohne seine Mitwirkung weiter verhandelt haben. Das cogere zum recte defendere tritt erst bei der litis contestatio beim accipere iudicium in Erscheinung. Der Praetor wird auch ohne Beteiligung des Beklagten die Formel erteilt haben iudicium etiam in invitum reditur (Paul l. § 1. D. 45. 1)[4].

Dagegen wird vom Beklagten das accipere iudicium gefordert. Allerdings konnte er auch dazu nicht direkt gezwungen werden. Denn der Zwang zur Abgabe einer Willenserklärung widerspricht durchaus der römischen Grundanschauung von dem Rechte und der Willensfreiheit der Persönlichkeit. Die Verweigerung wurde aber als Verletzung eines Rechtes durch Verhinderung seiner Durchsetzung im Wege des Prozesses und als Auflehnung gegen die Rechtsordnung angesehen. Deshalb trafen den Weigernden (in ältester Zeit die manus injectio) die missio in bona und die praetorischen multae als Strafen. Die Einlassung, also das Zustandekommen des Prozesses konnten diese außerhalb des Prozesses liegenden Maßregeln nicht erzwingen.

Ulp. l. 4 D. iur. 2, 11: In possessionem mittere imperii magis quam iurisdictionis est.

[3] Gajus, Institutiones, S. 154.

[4] Schott, Röm. Zivilproz. u. mod. Prozeßwiss., S. 56. a. M. Kohler, Proz. als Rechtsverh., S. 35, Anm. 2.

§ 30.

Einen Einlassungszwang, wie ihn Degenkolb und Wach aus dem römischen Recht herleiten, um ihn auf das moderne Recht zu übertragen, gab es im römischen Recht nicht. Degenkolb erklärt den Einlassungszwang als die rechtliche Gebundenheit auf angestellte Klagen zum Zustandekommen und der Entwicklung des Prozesses mitzuwirken und zwar durch des Beklagten oder seines Vertreters Erklärung. Dies sei notwendige Forderung der Friedensordnung, die den Prozeß als einen Zwei-Parteienprozeß fordere, da nur dann das Urteil eine rechtliche Grundlage haben kann[1].

Der Zwang äußere sich darin, daß bei der Nichterklärung des Beklagten ein Geständnis fingiert werde und zwar als Erklärung, den Behauptungen, der Gegenpartei nicht widersprechen zu wollen.

Wach[2] folgt im allgemeinen Degenkolb, doch unterscheidet er zwischen Einlassungspflicht, dem defendere oportere, id est „se sponsione iudicioque defendere oportere“ (lex Rubria XXI. 5.)[3], d. i. der Mitwirkung zur litis contestatio, und der Erklärungspflicht, die er scharf von der Einlassungspflicht absondert, da sie erst durch die Erfüllung der Einlassungspflicht entsteht. Die Rechte und Pflichten im Prozeß selbst, also auch die Erklärungspflicht fänden ihre Grundlage in dem Prozeßbegründungsgeschäft, während die Einlassungspflicht die Pflicht

---

[1] Degenkolb, Einlassungszwang u. Urteilsnorm, S. 1 ff. Ebenso Sohm, aaO., IV, S. 466.

[2] Wach, Defensionspflicht u. Klagrecht, Grünhut VI, S. 515, bes. 518.

[3] Bruns, fontes iuris Romani antiqui, S. 100.

zur Prozeßbegründung sei[4]. Allerdings sei heut die Weigerung dieser Pflicht nicht mehr wie im römischen Recht eine Auflehnung gegen die Staatsgewalt, also könne man nicht mehr von Schuld und infolgedessen von Strafzwang reden. Die Realisierung der Ansprüche mache die prozessuale Pflicht notwendig, daher sei Contumacialfolge Folge der Pflichtversäumnis. Erfüllt der Beklagte seine Pflicht nicht, so würde die Erklärung in der Weise fingiert, daß er den Anspruch des Beklagten bestreitet.

Auch Plosz[5] sieht im heutigen Prozeß die Einlassungspflicht als noch bestehend an und behauptet, daß sich nur der Zwang im Falle ihrer Nichterfüllung geändert habe. Man sucht die Erfüllung nicht mehr durch missio in bona oder Acht und Bann zu erzwingen, sondern realisiere einfach das Recht des Klägers, das publizistische Klagrecht. Es werde ihm statt des dreiseitigen ein zweiseitiger Prozeß verliehen mit den für ihn notwendigen Wirkungen eines dreiseitigen. Dies entspreche der heutigen Anschauung des Zwanges als Realisierung des Rechtes durch Gewalt.

Allerdings berichtigt sich Wach[6] später dahin, daß eine Einlassungspflicht in dem Sinne, daß sie eine Pflicht zum Bestreiten des Anspruchs sei, nicht anzunehmen sei, daß also die Zwangsfolge nicht Fiktion des Bestreitens, sondern Aufzwingen der Beklagtenrolle durch Gerichtsbeschluß sei. Es werde also nicht eine Tätigkeit oder Willenserklärung fingiert, sondern seine Zugehörigkeit zum Prozeß als Beklagter.

---

[4] Wach, aaO., Grünhut VI, S. 533.
[5] Plosz, Beitr. z. Theorie d. Klagrechts, bes. S. 122 ff.
[6] Wach, Praeclusion u. Contumax, Grünhut VII, S. 151.

In ähnlicher Weise berichtigt auch Degenkolb seine Anschauung vom Einlassungszwang. Zunächst schließt er sich Wach darin an, daß er die Erklärungspflicht aus der Einlassungspflicht ausschließt, außerdem gibt er auch zu, daß eine Einlassungspflicht in Gestalt der Mitwirkung des Beklagten sich für den heutigen Prozeß nicht aufrecht erhalten lasse, wenn auch ein gewisses Zwangsmoment in den Folgen der Versäumnis sich nicht leugnen lasse[7]. Der Zwang äußere sich als eine Art Ersatz der Parteierklärung im Interesse bestimmter Fortentwicklung des Prozesses. Es bestehe also wohl eine Pflichtbeziehung des Beklagten dem Kläger gegenüber, aber keine Handlungspflicht, „die Pflicht ehrlichen Prozessierens".

Die Pflicht des Tätigwerdens des Beklagten und als Versäumnisfolge die Fiktion einer Willenserklärung zur Prozeßbegründung betont also jetzt weder Wach noch Degenkolb, wohl aber die Pflicht zur Teilnahme an dem Prozesse als Beklagter und als Zwangsfolge dieser Versäumnis die Fiktion der Teilnahme.

Wie schon oben bemerkt, leiten die Anhänger des Einlaßzwanges diesen aus dem römischen Recht ab. Derselbe steht aber zu dem indirekten Strafzwang des römischen Rechts in keiner Beziehung[8]; denn er soll bei Weigerung des Beklagten das Zustandekommen des Prozesses erzwingen.

Auch aus dem römischen Eremodicialverfahren kann man den Einlaßzwang nicht herleiten. Denn wie schon Wach[9] bemerkt, bezieht sich derselbe

[7] Degenkolb, Beitr. z. Zivilprozeß: Der Streit über den Klagrechtsbegriff, S. 61 ff.

[8] Vgl. S. 50.

[9] Wach, aaO., Grünhut VI, S. 522.

nur auf das Zustandekommen des Prozesses, während die Pflichten im Prozeß in der litis contestatio ihren Grund haben. Das seit Hadrian gesetzlich anerkannte Eremodicialverfahren[10] hatte erst im iudicio statt, setzte also die litis contestatio voraus, z. B. Pap. l. 31 (30. 32.) § 2 D. neg. gest. 3. 5: litem in iudicium deductam et a reo desertam —,

l. 2 C. quomodo 7. 43 qui admoniti iudicio ad esse noluerunt —,

l. 4 C. eod. a iudice dato —[11].

Außerdem ist auch für das Eremodicialverfahren selbst ein Zwangsmoment nicht anzunehmen, da nicht gegen den Abwesenden iudiciert werden mußte, sondern der Richter verhandeln konnte, es also im Belieben des Richters stand, ob er (l. 1, C. quomodo 7, 43 v. Hadrian) verhandeln wollte.

§ 31.

Eine Einlaßpflicht des Beklagten leiten obige Schriftsteller auch aus der Auffassung des Prozesses als eines Rechtsstreites her, zu welchem notwendig zwei Parteien gehören, um für das Urteil eine gerechte Grundlage zu schaffen, „um die Rechtsordnung als Friedensordnung zu gestalten". Dagegen ist anzuführen, daß dies im römischen Recht wohl richtig war, da dort der Prozeß die Entscheidung eines Streites über behauptete und bestrittene Ansprüche bedeutet. Im modernen Prozeß existiert aber positives Privatrecht, das schon vorher die

[10] l. 1 C. quomodo et quando Judex sententiam proferre praesentibus partibus vel una parte absente 7, 43.

[11] Brinz, Einlassungszwang, S. 161.

Privatverhältnisse und Ansprüche gesetzlich festlegt, sodaß der heutige Prozeß nur die Vergewisserung des ungewissen objektiven Rechtes von Seiten des Richters bedeutet[1]. Zu der Aufforderung an den Richter, diese Rechtspflegetätigkeit zu entfalten, d. h. ein Recht, daß einem eigentlich schon durch Gesetz zusteht, diesem zuzusprechen, bedarf es keines Streites. Die Friedensordnung muß wohl den Beklagten im Prozeß die Berechtigung geben, sich zu verteidigen, d. h. zur Vergewisserung des objektiven Rechts auch seinerseits beizutragen. Aber eine Pflicht, seine Rechte zu verteidigen, kann sie ihm nicht aufzwingen.

Heut hat der Richter nicht einen Streit der Parteien zu entscheiden, sodaß er dem einen oder dem anderen Recht geben müßte, sondern er hat zu prüfen, ob ein vom Kläger behauptetes Recht besteht. Wenn es besteht, hat er es dem Kläger zuzusprechen, wenn es nicht besteht, hat er diesen abzuweisen.

Wir stellen also als Ergebnis der Untersuchung fest,

daß im römischen Recht eine Einlaßpflicht und ein indirekter Einlaßzwang stattgefunden hat, während heut weder das eine noch das andere besteht.

2. Abschnitt.

Die juristische Natur der Klageerhebung.

§ 32.

Nachdem wir das Verhältnis der Prozeßparteien bei dem Klagbegründungsgeschäft festgelegt

[1] Trutter, prozessualische Rechtsgeschäfte, S. 476.

haben, wird es unsere Aufgabe sein, die Natur desselben selbst zu betrachten.

Für das römische Recht haben wir als Ergebnis des Streites über die äußere Handlung der litis contestatio festgestellt, daß die Litiskontestation ein zweiseitiger formeller Parteiakt ist, in welchem die Parteien vor Zeugen — der Kläger durch edere, der Beklagte durch accipere iudicium — ihr Einverständnis erklären, den durch die vom Praetor erteilte Formel inhaltlich fest bestimmten Prozeß zu begründen, und haben hinzugefügt, daß sie ein sachlich zum Verfahren in iure gehöriger außergerichtlicher Akt ist.

Die unmittelbare zeitliche Aufeinanderfolge der Verhandlung über den Inhalt der Formel und der Litiskontestation im in iure-Verfahren hat bisher dazu geführt, die Verhandlung über den Inhalt der Formel und die litis contestatio mit einander zu vermischen. Eine scharfe Scheidung und infolgedessen eine klare Erkenntnis dieser beiden Prozeßabschnitte wird durch die Feststellung Schotts[1], daß die litis contestatio auch außerhalb des Gerichts vorgenommen werde, wesentlich gefördert.

Wir werden also zu unterscheiden haben zwischen den Verhandlungen über den Inhalt des iudiciums und dem eigentlichen Litiskontestationsvertrag. Denn wenn auch die litis contestatio ein Vertrag über die Prozeßbegründung mit dieser Formel ist, der Inhalt der Formel also mit der litis contestatio für beide Teile verpflichtend wird, so beruht der Unterschied zwischen beiden darin, daß erstere nicht auf Willensübereinstimmung be-

[1] Vgl. S. 18.
Schott, Röm. Zivilproz. u. mod. Prozeßwissenschaft, S. 50.

ruht, während bei der litis contestatio Willensübereinstimmung nötig ist.

Wenn Ulpian f. 3, § 11 D. 15, 1 sagt: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandum sed ipsum iudicium velut obligationem, so betont er damit ausdrücklich, daß man durch die Formel ebenso verpflichtet werde, wie durch eine Stipulation. Daher dürfe nicht auf die Entstehung der Formel gesehen werden, sondern die Formel ist, trotzdem sie nicht auf Willensübereinstimmung beruht, gleich einer Obligation anzusehen, d. h. das iudicium an sich hat eben dieselbe Verpflichtungskraft. Die obligatio entsteht durch beiderseitige Übereinstimmung, die Formel kann auch in invitum gegeben werden, wie l. 83, § 1 D. 45, 1 nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem in invitum redditur sagt, aber die Verpflichtungskraft beider ist dieselbe.

Daß unter contrahi nicht ausdrücklich ein Vertrag, sondern allgemein „Verpflichten" verstanden wird, wird von den meisten Autoren hervorgehoben.

Paul. l. 20 D. 5, 1.

Omnem obligationem pro contractum habendam, existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur et contrahi videatur.

Ebenso rechnen wir zur Verhandlung über den Inhalt der Formel die l. 61, D. 5, 1: id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes. Dies deutet nicht auf einen Vertrag, viel weniger auf den Litiskontestationsvertrag. Denn Ulpian meint damit: in die Formel kommt das, worüber in iure verhandelt wird. Der Praetor hört die Parteianträge an und bildet auf Grund dieser die Formel.

Dabei kann es vorkommen, daß in einzelnen Punkten die Parteien übereinstimmen, so daß der

Praetor einzelne Teile auf Grund beiderseitiger Übereinstimmung aufnimmt, wie das besonders in Bezug auf den Judex der Fall ist, z. B. l. 80, D. 5, 1: si ex conventione litigatorum Judex addictus esset, auch l. 5, § 4, 5 D. 6, 1: si de corpore conveniat. Es kann auch das Gegenteil vorkommen, nämlich daß der Praetor auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien etwas aus der Formel ausschließt, z. B. l. 13, D. 10, 3: in iudicium communi dividundo omnes res veniunt, ni si, quid fuerit ex communi consensu exceptum. Im ganzen aber wird der Praetor in Bezug auf den Umfang dessen, was er in die Formel aufnimmt, sich nach den Behauptungen des Klägers gerichtet haben, da (Ulpian 61 D. 5, 1) periculose est, ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicet, non convenisse und

(l. 83, § 1 D. 45, 1): Si Stichum stipulatus de alio sentiam tu de alio, nihil actum est. quod et in iudiciis Aristo existimavit. sed hic magis, ut is petitus videatur, de quo actor sensit, nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium etiam in invitum redditur; et ideo actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse.

All diese Stellen beziehen sich auf die Verhandlung über den Inhalt der Formel und sagen, daß der Beklagte kein Recht hat zu fordern, daß Anträge des Klägers aus der Formel ausgeschlossen werden, sondern daß ihm nur die exceptio als Waffe zustand.

§ 33.

Mit der litis contestatio haben diese Stellen nach unser Ansicht nichts zu tun. Die litis

contestatio ist nicht der Vertrag über den Inhalt der Formel, sondern über die Begründung des Prozesses mit der schon vorher inhaltlich bestimmten Formel.

Die Bedeutung dieses Vertrags ergibt sich daraus, daß er nur übereinstimmende Willenserklärung war, den Prozeß begründen zu wollen. Sein Inhalt beschränkt sich also nur auf die beiderseitigen durch das edere und accipere ausgedrückten Willenserklärungen, sodaß, wie auch Schott[1] schon betont, die litis contestatio nichts anderes ist, als eine andere Form für unsere heutige Zustellung; heut allerdings genügt die Willenserklärung des Klägers allein, das Prozeßverhältnis zu begründen, während im römischen Recht die beiderseitige Willenserklärung nötig ist.

Daß die übereinstimmende Willenserklärung des Klägers und Beklagten nötig ist, daß also erst das Prozeßrechtsverhältnis nach dem accipere des Beklagten bestand und wirkte, zeigt fr. 10, § 3, D. 15, 3 : et si actionem defensor patris succepit, teneri patrem, fr. 22, D. 27, 3: Pupillus cum condemnato contraxit und der Zweifel in l. 15, D. 26, 8: ob sufficere unam auctoritatem, wenn derselbe Tutor für zwei Mündel, die sich als Parteien gegenüberstehen, ediert und accipiert.

Auch Cicero hebt die Vertragsnatur der Prozeßbegründung mehrmals hervor. So weist er in de leg. 3 c. 3, § 6 den Zehnmännern die Aufgabe zu: lites contractas[2] iudicanto, ebenso Valerius Maximus VIII, c. 3, § 2, in dem er eine bestimmte Frau als prompta ad lites contrahendas bezeichnet.

[1] Schott, Röm. Zivilproz. u. mod. Prozeßwissensch., S. 57.

[2] Unter litem contrahere kann nur ein zweiseitiges contrahere verstanden sein (zu l. 20, D. 5, 1).

Bestätigt wird dieses Resultat durch die häufige Redewendung: iudicium accipere velle und ähnliche. So l. 9, § 3 D. de dolo 4. 3: neque Titius velit iudicium accipere,

Cicero in verrem III, c. 22, § 55: se iudicium accipturum esse dicebat,

Cicero pro Quinttio c. 20, § 63, 64: fatetur iudicium quin acciperet, in ea ipsa verba (mit bestimmtem Inhalt), quae Naevius edebat, non recusasse.

c. 26, § 82, 83 iudicium accipere vellet.

Das velle des Beklagten beweist eine Mitwirkung von seiner Seite durch Willenserklärung so unwiderlegbar, daß auch Schott[3], der in der entgegengesetzten Absicht an die Untersuchung der Vertragsnatur der litis contestatio heranging, dieselbe schließlich doch anerkennt, allerdings mit der oben angegebenen auch von uns verteidigten Beschränkung ihrer Bedeutung auf die bloße Prozeßbegründung.

§ 34.

Heut liegt der Grund für das Einzwingen des Gegners in das durch die Klageerhebung begründete Prozeßverhältnis, wie schon oben ausgeführt, im öffentlichen Recht unabhängig von dem in ihm geltend gemachten Anspruch. Ein vorprozessuales Recht von Seiten des Klägers gegen den Beklagten zur Mitwirkung an der Klagebegründung kann deshalb nicht existieren[1]. Dagegen hat der Kläger die Macht, durch seine Willenserklärung „Klage"

[3] Schott, Röm. Zivilpr. u. mod. Prozeßwissensch. S. 57.
[1] Trutter, Über prozessual. Rechtsgeschäfte, S. 221 ff.

die abstrakte Verpflichtung des Beklagten, die sich in der Unterworfenheit unter die Staatsautorität, dem Gerichtszwang, wie Heyßler[2] ihn nennt, äußert, in der Weise für den bestimmten Tatbestand zu konkretisieren, daß der Beklagte verpflichtet ist, den bestimmten staatlichen Rechtspflegeakt anzuerkennen.

Die Klageerhebung ist derjenige Willensakt des Klägers, der auf Grund und in Ausübung einer abstrakten Berechtigung das Prozeßrechtsverhältnis mit seinen Rechten und Pflichten schafft.

§ 35.

Gegen die Einseitigkeit der Klageerhebung führt Wach[1] entsprechend der von ihm behaupteten Einlassungspflicht aus, daß das Klagbegründungsgeschäft erst mit der Einlassung des Beklagten in der Verhandlung evtl. mit ihrer Fiktion vollendet und vollwirksam werde. Vor der Prozeßbegründung finde die contentio de iudicio ordinando statt, darnach evtl. die ordinatio iudicii, wenn keine Prozeßeinreden sie verhindern. Dies lasse sich besonders in dem Falle erkennen, wenn ein Beklagter, der zunächst eine prozeßhindernde Einrede geltend gemacht habe, diese fallen lasse, oder wenn das Gericht sie abweise. Denn dann könne das Prozeßverhältnis erst dadurch zustande kommen, da es ja, solange die Einrede vorhanden war, nicht bestand, und wenn sie nicht fallen gelassen oder abgewiesen worden wäre, der Prozeß von Anfang an ungültig gewesen wäre. Der Beklagte

---

[2] Heyßler, Besprech. z. Degenkolb, Grünhut, Bd. V.

[1] Wach, Handb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts, S. 26. Wach, Feststellungsanspruch, S. 1 ff.

habe also, wenn Prozeßeinreden vorhanden seien, die Prozeßbegründung in der Hand. Die Wirkungen der Prozeßbegründung seien zwar von der Klageerhebung ab gültig, doch läge dies daran, daß sie aus praktischen Rücksichten von der Einlassung losgelöst und unter der stillschweigenden Voraussetzung der Einlassung an die Zustellung gerückt seien. Dies werde auch dadurch bewiesen, daß dieselben von Anfang an unwirksam seien, wenn die Klage vor der Einlassung zurückgenommen werde. Außerdem führt Wach als Grund für die Zweiseitigkeit an, daß der Kläger seine Klage bis zur Einlassung des Beklagten ohne Einwilligung desselben zurückziehen dürfe (§ 271 ZPO.), von der Einlassung ab an die Einwilligung des Beklagten gebunden sei.

Gegen diese Auffassung ist zunächst zu bemerken, daß das Gesetz trotz des von der Wissenschaft längst anerkannten, von Bülow geprägten positiven Ausdrucks „der Prozeßvoraussetzungen“ nur von den „negativen Prozeßeinreden“[2] spricht (§ 274 ZPO.). Der negative Ausdruck des Gesetzes weist nach unserer Meinung auf die negative Wirkung derselben hin[3]. Das Gesetz nennt nicht die positiven Voraussetzungen, die vorhanden sein müssen, damit ein Prozeß zustande kommt, sondern die Einreden, die den bereits bestehenden Prozeß zerstören können.

Macht der Beklagte eine Einrede geltend, so zerstört er damit den Prozeß von Anfang an. Den Beklagten ist also die Möglichkeit gegeben, den an sich gültigen Prozeß ex tunc zu lösen, aber nicht über seine Begründung zu verfügen.

[2] Bülow, Prozeßeinreden u. Prozeßvoraussetzungen, S. 1 ff.
[3] Dazu Bülow, Klage u. Urteil, Z., XXXI, S. 191. Weizsäcker, aaO., Z., XXVII, S. 20 ff.

Daß der Prozeß schon mit der Zustellung begründet ist, geht daraus hervor[4]. Der Prozeß besteht, sobald prozessuale Handlungen und Unterlassungen der Parteien auf die Entscheidung einwirken, wenn also das Fehlen einer Partei ein Versäumnisurteil herbeiführen kann. Ein solches kann aber gegen die Partei ergehen, auch wenn sie eine prozeßhindernde Einrede hat. Der Beklagte hätte durch diese Einrede das Prozeßverhältnis lösen können. So aber hat es seine Kraft gezeigt, also bewiesen, daß es besteht.

Die Ungültigkeit der Wirkungen der Prozeßbegründung infolge Zurücknahme der Klage vor der Einlassung des Beklagten kann kein Beweis dafür sein, daß der Prozeß erst mit der Einlassung zustande kommt, denn wenn die Klage nach der Einlassung (mit Einwilligung des Beklagten) zurückgenommen wird, sind die Wirkungen in gleicher Weise von Anfang an ungültig. Die Einlassung hat auf die Geltungskraft der Prozeßwirkungen, also der Prozeßbegründung keinen Einfluß.

Wie der Beklagte an dem Nichtbestehen eines Prozesses bei Vorliegen einer Einrede ein Interesse hat, so hat der Kläger an dem Bestehen desdelben ein Interesse. Wie nun der Beklagte dieses Interesse ausüben kann, aber auch durch Nichtgeltendmachung der Einrede auf die Ausübung verzichten kann, so kann auch der Kläger auf den Prozeß verzichten. Dies kann er jedoch nur solange, als nicht der Beklagte durch seine Einlassung in die Verhandlung zur Sache ein Interesse an dem Prozeß bekommen hat.

---

[4] Schwalbach, aaO., Arch. 64, S. 250 ff.

§ 36.

Auch die Annahme, daß der Parteibetrieb in § 308 ZPO. eine Beteiligung des Beklagten an der Prozeßbegründung voraussetze, können wir nicht beitreten. § 308 sagt: Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Daraus folgert man, daß, damit es überhaupt zu einer Abweisung des Klägers kommen könne, die Einlassung des Beklagten erforderlich sei, da ohne einen Antrag des Beklagten der Kläger nicht abgewiesen werden könne. Dazu ist zu sagen, daß mit der Abweisung des Klägers dem Beklagten nichts zugesprochen wird[1].

Wir haben also gesehen, daß die Einwendungen gegen die Einseitigkeit des Prozeßbegründungsgeschäfts nicht stichhaltig sind.

Als Resultat der Untersuchung fassen wir daher zusammen:

> Der Prozeß ist mit der Zustellung, d. h. Klageerhebung von Seiten des Klägers ohne Mitwirkung des Beklagten begründet. Die Einlassung des Beklagten ist zwar eine wichtige Prozeßhandlung, gehört aber nicht zur Prozeßbegründung, zur modernen litis contestatio. Im römischen Recht wird der Prozeß durch beiderseitige Willenserklärung begründet.

---

[1] Vgl. dazu Pagenstecher, Arch. 97, 17 gegen Wachs Rechtsschutzanspruch: Durch die Abweisung des Klägers wird der Rechtsschutzanspruch des Beklagten nicht befriedigt.

3. Abschnitt.

Wirkung der Klageerhebung auf den Prozeßgegenstand.

§ 37.

Nachdem wir das Klagbegründungsgeschäft des römischen und des heutigen Rechts untersucht und vergleichend neben einander gestellt haben, wollen wir noch kurz einen Blick auf die Wirkungen werfen, die die Klageerhebung auf den Prozeßgegenstand ausübt. Und auch hier sehen wir, daß sich der Unterschied dieser Wirkungen nach dem Unterschied des Prozeßbegründungsgeschäftes in beiden Rechten charakterisiert. Die litis contestatio bewirkt Consumption des Anspruchs, die Klageerhebung Rechtshängigkeit. Wir wollen diese Begriffe ihrer Natur nach untersuchen und vergleichen.

Die Consumption des ältesten römischen Rechts hat ihren Grund in dem alten römischen Rechtssatz: bis de eadem causa ne sit actio. Ob dieser Satz, eine Folge des strengen sakralen Prozeßformalismus des alten Aktionensystems, eine zweite Inanspruchnahme des Prozeßinstituts ausschloß, oder ein durch das Prinzip, das endlose Prozessieren abzuschneiden, diktiertes Gesetz ist, ist bestritten[1]. Wir entscheiden uns für das erstere, nehmen also an, daß dieser Satz auf der Anschauung von der Bedeutung der actio und des gerichtlichen Verfahrens beruht. Mit dem Verschwin-

[1] Bekker, prozessual. Consumption, S. 118.

den des alten strengen Prozeßformalismus verliert daher der Satz auch seine Kraft und hat sich nur in den iudicia legitima in ius concepta erhalten. Deshalb gilt auch die sogenannte Novationstheorie, wie die Consumption aus der gesetzlichen Kraft des Verfahrens herleitet, nur für diese Klagen[2]. Die Novationstheorie stützt sich auf den von Gajus III, 180 i. f. mitgeteilten Satz[3]: ante litem contestatem dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Darnach wird durch die litis contestatio ipso iure eine novatio bewirkt, indem die alte Obligation aufgehoben wird und das condemnari oportere, d. h. die Prozeßobligation entsteht. Diese Novation fände nur bei den actiones legitimae in personam mit einer intentio iuris civilis statt. Dagegen nicht bei allen anderen Klagen.

Die sogenannte Vertragstheorie nimmt an, daß die Consumption auf Grund des litis contestatio-Vertrages eintrete[4].

Für das alte Legisaktionenverfahren scheint dem zu widersprechen, daß die Consumption unabhängig von der litis contestatio eintrat[5]. Für den Formularprozeß nehmen wir an, daß die litis contestatio zwar der Anlaß aber nicht der Grund der sogenannten Consumption war.

Der oben angeführte Satz des Gajus gibt, wie auch die herrschende Meinung annimmt, nur ein Bild des äußeren Vorgangs und kann für die Er-

[2] Kleinschrod, aaO., S. 14 ff.
[3] Keller-Wach, aaO., S. 286.
[4] Bethmann-Hollweg, Zivilproz., II, S. 485 ff.
[5] Kleinschrod, aaO., S. 23.
Wlassak, Litiskontestation, S. 57.

kenntnis des Wesens der Consumption nicht maßgebend sein[6]. Denn Gajus widerspricht selbst dem Untergehen des dare oportere in l. 139 pr. D. 50, 17: omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae remanent. Außerdem ergibt sich auch daraus das Fortbestehen des dare orportere, daß man dafür Bürgen stellen könne, daß die Zinsen weiter laufen u.a.m.[7].

Brinz läßt das Klagrecht eine Entwicklung durchmachen in der Reihenfolge des dare condemnari und iudicatum facere oportere, während der Anspruch immer derselbe bleibt, aber immer dringender werde[8].

Ebenso geht nach Windscheid der Anspruch nicht unter, er wird von dem iudicium umschlossen und bleibt in ihm erhalten, nur ist er dadurch dringender geworden[9].

Nach Bekker geht der Anspruch nicht unter, sondern eine actio wird für ihn zum zweiten Male nicht gegeben[10].

§ 38.

Wir nehmen im Anschluß an das über die Natur der litis contestatio Gesagte folgendes an.

Der tatsächliche Anspruch ist direkt nicht zu erzwingen, sondern erst dann, wenn er durch die actio zum Rechtsanspruch geworden ist. Er wird also rechtlich relevant erst im Prozeß. So konnte ein

6 Kleinschrod, aaO., S. 115.
7 Bekker, prozessuale Consumption, S. 12 ff.
8 Brinz, Pand., S. 556.
9 Windscheid, Die actio, S. 49.
10 Bekker, Die Aktionen, Bd. I, S. 318, II, S. 174 ff. Bekker, Consumption, § 23.

Anspruch gewöhnlich nur einmal prozeßlich geltend gemacht werden, da der Praetor ihm ein zweites Mal auf die Einrede des Beklagten hin, wenn diese liquid war, die staatliche Anerkennung sofort versagte, andernfalls den Judex anwies, den Beklagten frei zu sprechen, wenn sich eine wiederholte Geltendmachung desselben Anspruchs herausstellte. Im römischen Recht besteht also der rechtlich anerkannte Anspruch nur im Prozeß und mit dem Prozeß.

Das tatsächliche Verpflichtungsverhältnis, das dare oportere, ist in dem Rechtsanspruch enthalten und insoweit vom Praetor anerkannt und mit der actio versehen. Insoweit konnte es also, wenn es schon einmal Gegenstand des Prozesses gewesen ist, überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden, während es aber tatsächlich als solches weiter bestand.

§ 39.

Heut haben die Ansprüche, da sie auf den staatlich anerkannten Privatrechtsverhältnissen ruhen, auf Grund der Anerkennung derselben, das Recht in sich, sie mittelst des Prozesses mit staatlicher Autorität durchzusetzen. Dieses Recht ist unabhängig vom Prozeßrecht. Es sagt nur, daß die Ansprüche Inhalt des Prozesses sein können, d. h. daß mittelst des Prozesses die Leistung durchgesetzt werde. Das Rechtsverhältnis hat auf Grund der staatlichen Anerkennung das Recht in sich, die Leistung durch staatliche Autorität zu erzwingen.

Wenn ein Anspruch, der sich aus einem materiellen Rechtsverhältnis ergibt, Inhalt des Prozesses wird, so umschlingt ihn der Prozeß und verleiht ihm dadurch eine gewisse Beständigkeit in

Bezug auf die Subjekte und auf seinen Inhalt. Der Anspruch kommt in die Rechtslage, die man mit Rechtshängigkeit bezeichnet. Solange die Rechtshängigkeit dauert, hat der Beklagte das Recht, gegen jede weitere Geltendmachung desselben Anspruchs im Prozeß Einspruch zu erheben und zwar mittelst der Einrede, die der Staat ihm zur Disposition gestellt hat, um sich vor mehrfachen Angriffen mittelst desselben Anspruchs zu schützen. Diese Einrede hat der Beklagte nur so lange, als dieser Angriff besteht, d. h. als derselbe Anspruch schon einmal Gegenstand eines Prozesses ist.

Heut bestehen also die rechtlich anerkannten Ansprüche selbständig neben dem Prozeß. Wird ein solcher Gegenstand des Prozesses, so übt der Prozeß auf ihn nur insoweit eine Wirkung aus, als er während seines Bestehens eine weitere Geltendmachung desselben ausschließt.